

Allgemeine Rechtslehre

und

Jurisprudenz.

Von

Dr. Ignatz Kornfeld

Rechtsanwalt in Wien.

Berlin und Leipzig.

Dr. Walther Rothschild.

1920

Allgemeine Rechtslehre

und

Jurisprudenz.

Von

Dr. Ignatz Kornfeld
Rechtsanwalt in Wien.

Berlin und Leipzig.
Dr. Walther Rothschild.
1920

Die nachfolgende Abhandlung ist ein — infolge der Kriegszeit verspäteter — Nachtrag zu meinem im Jahre 1911 erschienenen Buche: „Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Theorie vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage". Dort wurde die *Möglichkeit* einer Erfahrungswissenschaft, welche die Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse als reale Erscheinungen des rechtlich sozialen Zusammenlebens erfaßt und auf Grund unmittelbarer Anschauungen unter allgemein giltige Erfahrungsbegriffe bringt, durch ihre, wenn auch nur in Grundzügen erfolgte, Ausführung selbst dargelegt. Ihre Begründung durch Prinzipien und damit zugleich ihre *Notwendigkeit* und ihre grundsätzliche Unterscheidung von den, einzelne Rechtsordnungen behandelnden, Jurisprudenzen des Näheren auszuführen, wurde damals vorbehalten und bildet den Gegenstand der vorliegenden Arbeit. Um diese zu einer in sich abgeschlossenen zu gestalten, mußte einiges bereits im früheren Buche Gesagte in Kürze wiederholt werden. Gleichwohl läßt sich ein zutreffendes Bild von der hier vertretenen allgemeinen Rechtslehre nur aus beiden Werken zusammengenommen gewinnen.

Wien, Dezember 1919.

Der Verfasser.

Inhaltsübersicht.

I. Abschnitt.

Unterscheidung zwischen Jurisprudenz und Allgemeiner Rechtslehre.

1. Wissenschaftliche Erörterungen setzen ein vorwissenschaftliches Einverständnis darüber, was ihr Gegenstand ist, voraus; in dessen Ermanglung wäre der Leser außerstande, ihnen zu folgen und gerecht zu werden. Unsern Gegenstand bildet die Frage, ob und auf Grund welcher Prinzipien eine allgemeine Erfahrungswissenschaft vom positiven Rechte neben den besonderen Lehren von den einzelnen positiven Rechten notwendig ist. Wir verstehen dabei, dem vorherrschenden Sprachgebrauche gemäß, unter positivem Rechte eine erfahrungsmäßig in Geltung stehende Ordnung des gesellschaftlichen Lebens der Menschen.

Positiv oder erfahrungsgemäß gegeben sind nicht bloß die sinnlich wahrnehmbaren Eigenschaften der Dinge, sondern auch die Relationen, in denen Dinge untereinander stehen und die, generell betrachtet, den Gegenstand hypothetischer Erfahrungsurteile, tatsächlich geltender Gesetze und Regeln, bilden. Die vom Verstande als objektiv vorhanden erkannten Verhältnisse und ihre Regeln sind nicht minder positive Erscheinungen als das mit den menschlichen Sinnen Wahrnehmbare (Abschn. VI, Z. 4).[1])

Der Begriff des Positiven umfaßt ferner das Künftige ebenso wie das Gegenwärtige und Vergangene. Aussagen über künftige Ereignungen und Relationen haben, soferne sie nur verstandesmäßig begründet sind, einen

ebenso erfahrungsmäßigen Charakter, sind also nicht minder positiv, als Aussagen, welche der Verstand bezüglich irgend welcher bereits stattgefundener Vorgänge und Verhältnisse bildet. Der Begriff des Positiven darf daher nicht auf das Historische beschränkt werden. Historisch sind einzelne der Vergangenheit angehörende Tatsachen oder Komplexe von Tatsachen, ein Material, aus welchem die Wissenschaften allgemeine, über das Vergangene hinausreichende, auch die Zukunft betreffende Erkenntnisse gewinnen. Dies gilt auch in Ansehung des Rechtes. Eine Wissenschaft vom positiven Rechte überhaupt, als Genus genommen, ist ein anderes Gedankensystem als die Wissenschaft von einem in der Geschichte der Menschheit bereits vorgekommenen Rechte.[2])

Wird das Wort „positiv“ in diesem Sinne verstanden, so ist „positives Recht“ im Grunde ein pleonastischer Ausdruck. Denn alle Erscheinungen des sozialen Lebens und alle Regeln desselben sind nur mittelst der Sinne und des Verstandes, also erfahrungsgemäß erfaßbar. Doch kann sich die Sprache jenes Pleonasmus kaum entschlagen, weil sie das Wort „Recht“ nebstdem auch im Sinne eines Rechtsideales verwendet. Rechtsideal ist die Vorstellung von einem formal und stofflich den Vernunftanforderungen entsprechenden Rechte, setzt also dessen Erfahrungsbegriff voraus. Das Rechtsideal bedeutet nicht die Erscheinung „Recht“, aber es postuliert diese, es setzt einen erfahrungsmäßigen Begriff „Recht“ voraus. Mithin ist „positives Recht“ keine Unterart des Rechtes. Der Ausdruck besagt nur, daß das Wort „Recht“ als Bezeichnung eines Erfahrungsobjektes gebraucht wird und verstanden werden soll.

Unabweislich wirft sich nun die Frage auf, ob und inwieweit es eine allgemeine Wissenschaft vom Erfahrungsobjekte „Recht“ geben kann und gibt, oder ob jedes einzelne positive Recht bloß als ein individuelles, allgemeinen Erfahrungsbegriffen unzugängliches, historisches Er-

eignis behandelt werden kann. Gibt es eine allgemeine Erfahrungswissenschaft vom Rechte, so wird sie sich zur Rechtsphilosophie so verhalten, wie die Wissenschaft von den die Natur beherrschenden Gesetzen und Regeln zur Naturphilosophie oder wie die allgemeine Sprachwissenschaft zu einer Philosophie der Sprache. Zugleich muß sie eine von der theoretischen Darstellung eines individuellen, in einem bestimmten Gebiete und zu einer bestimmten Zeit geltenden, Rechtes verschiedene Doktrin sein, indem sie sich zu dieser wie eine allgemeine zu einer historischen Doktrin verhält.

2. Die Jurisprudenz befaßt sich mit der Erforschung und Darstellung des Gedankeninhaltes einer historisch nach Zeit und Raum bestimmten rechtlichen Ordnung eines einzelnen Gesellschaftslebens. Die in dieser gegebenen Rechtsregeln und Arten von Rechtsverhältnissen werden von der Jurisprudenz unter Begriffe und Denkurteile gebracht, welche, auf die betrachtete Rechtsordnung beschränkt, außerhalb derselben bedeutungslos sind.

Ein und derselbe Gedankenstoff kann den Rechtsordnungen verschiedener Rechtsgesellschaften innewohnen und innerhalb einer Rechtsgesellschaft können für einzelne, sei es örtlich (nach Provinzen, Kreisen usw.), sei es persönlich (nach Volksklassen, Ständen usw.) bestimmte, Abteilungen untereinander divergierende, sich wechselseitig logisch ausschließende, Gedankenstoffe rechtens sein. Im ersten Falle wird die Jurisprudenz für die verschiedenen Rechtsgesellschaften eine und dieselbe sein, im zweiten Falle werden für eine und dieselbe Rechtsgesellschaft verschiedene Jurisprudenzen platzgreifen. Es ist auch möglich, daß sich eine Jurisprudenz dem Gedankeninhalte einer nicht mehr bestehenden, der historischen Vergangenheit angehörenden, Rechtsordnung widmet. Jurisprudenz hat es somit nicht mit den überall gleichbleibenden begrifflichen Wesenheiten

des Rechtes und seiner Bestandteile, sondern mit einer oder der anderen stofflichen Ausgestaltung eines besonderen Rechtes zu tun. Soferne sie auf das Wesentliche des Rechtes zurückgreift, geschieht es nur, um es als Hilfsmittel für die bessere Erfassung der sie interessierenden Besonderheiten ihres speziellen Rechtsstoffes zu verwenden.

Der allgemeinen Rechtslehre hingegen erscheint jede einzelne historisch gegebene Rechtsordnung in ihrer Gänze als Exemplar einer allgemeinen Vorstellung vom positiven Rechte überhaupt, und alle besonderen, in welcher Rechtsordnung immer vorkommenden Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse als Spezialisierungen allgemeiner, das ist für alle menschlichen Erfahrungen giltiger, Begriffe. Ebenso wie ein bisher etwa als Unikum in der Natur beobachtetes Ding oder Verhältnis von der Naturwissenschaft sub specie generis zu beurteilen ist, muß auch die allgemeine Wissenschaft vom Rechte in jeder, wenn auch vereinzelten, Rechtserscheinung eine Verwirklichung eines generellen Vorstellungsobjektes, das in unabsehbarer Zahl wiederkehren kann, erblicken. Die Besonderheiten, welche die Rechtsbegriffe bei ihrer Verwirklichung in dem einen oder dem anderen Rechtsgebiete annehmen, beachtet sie nur dann, wenn sie bedeutungsvoll genug sind, um von ihr zur Bildung einer selbständigen Klasse, und damit zugleich zu einem selbständigen wissenschaftlichen Begriffe, verwendet zu werden. In alledem unterscheidet sich eine Erfahrungswissenschaft vom Rechte, weder von den Erfahrungswissenschaften der außersozialen Natur noch von den außerrechtlichen Sozialwissenschaften.

Auch die Ziele der beiden Rechtsdisziplinen sind untereinander völlig verschieden. Jurisprudenz hat praktische, die allgemeine Rechtslehre hat erkenntnistheoretische Ziele. Alle Erscheinungen, jene der so-

zialen Natur ebenso wie jene der außersozialen Natur, besitzen für den menschlichen Geist eine dreifache Bedeutung: eine praktische, insoferne sie die menschliche Wohlfahrt beeinflussen und die Wege zu deren Förderung weisen, eine historische, insoferne sie in der Vergangenheit Verwirklichung gefunden haben, und eine erkenntnistheoretische, insoferne sie die Grundlage zur Gewinnung allgemeiner Erkenntnisbegriffe abgeben. Insolange der menschliche Geist eine einzelne Rechtsordnung rein individuell betrachtet, verfolgt er nur ein praktisches oder ein historisches Ziel. Erst wenn und dadurch, daß die einzelnen Rechtsordnungen und ihre Bestandteile als Repräsentanten allgemeiner Gattungen und Begriffe erfaßt werden, entsteht eine Wissenschaft vom Rechte im echten Sinne des Wortes. Denn die Wissenschaft ist nichts anderes als die Konstatierung allgemeiner Gleichmäßigkeiten, die — je nach dem Grade ihrer Vollkommenheit — als empirische Regelmäßigkeiten oder als exakte Gesetzmäßigkeiten erkannt werden. Daher kann die auf eine einzelne Rechtsordnung und auf die in dieser enthaltenen besonderen Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse beschränkte Jurisprudenz, soferne sie nicht rein historisch ist, nur deren praktische Wirksamkeit ins Auge fassen. Zwar liefert sie hiedurch wissenschaftliches Material für Rechtsvergleichungen und wird hiedurch zu einer Hilfsdoktrin der auf Induktionen beruhenden allgemeinen Rechtslehre. Aber die ihr eigentümliche Mission, ihr selbständiger Wert, liegt darin, daß sie ihre Rechtsgenossen über jenes Verhalten aufklärt, das erforderlich ist, um mit dem Gedankeninhalte ihrer speziellen Rechtsordnung in Übereinstimmung zu bleiben und zur Realisierung dieser Rechtsordnung beizutragen. Es liegt außerhalb ihrer eigentlichen Aufgabe, über das allgemeine Wesen der Rechtsordnungen, Rechtsverhältnisse und Rechtsregeln, oder

über das allgemeine Wesen der rechterzeugenden und rechtverwirklichenden Faktoren, zu denen sie selbst gehört, nachzudenken.

3. Die Verschiedenheit der Aufgaben bedingt eine Verschiedenheit der Methoden der zwei Rechtsdisziplinen. Die allgemeine Rechtslehre muß, um nicht irre zu gehen, von den subjektiven Begriffsbildungen und Definitionen, die in irgend einer besonderen Rechtsordnung, sei es seitens der Gesetzgebung, sei es seitens der Jurisprudenz, stattfinden, absehen. Wollte sie Erkenntnisse nicht unmittelbar aus den sozialen Vorgängen schöpfen, sondern aus Begriffen und Urteilen die von irgend welchen einem besonderen Rechtsgebiete angehörenden Personen aufgestellt und formuliert wurden, ableiten, so würde sie ebenso fehlgehen, wie jede Jurisprudenz notwendigerweise entgleist, welche ihre praktischen Unterweisungen aus irgendwelchen von den Rechtsquellen ihres Gebietes nicht rezipierten Begriffen schöpfen will.

Der praktische Beruf, dazu behilflich zu sein, daß die Mitglieder einer bestimmten Rechtsgesellschaft sich nach bestimmten gegebenen Regeln verhalten, bringt es mit sich, daß die Jurisprudenz das positive Recht als ein System von, an die Rechtsgenossen ergehenden Anforderungen ansieht und behandelt. Um ihre Rechtsgenossen in dieser Weise zu beeinflussen, erklärt sie das Recht als einen Komplex unbedingt autoritativer, zugleich ethisch verpflichtender, psychisch motivierender, physisch eingreifender Imperative. Sie betrachtet diese Anforderungen, zum Unterschiede von den kategorischen Imperativen oder Normen der Vernunft, als Heteronomien, deren „Heteros“, deren Ursprung, von ihr nicht wissenschaftlich erklärt, deren Legitimation von ihr nicht wissenschaftlich begründet zu werden braucht.[3]) Sie beantwortet nicht, ja sie erhebt nicht einmal die Fragen: Wer das wahre Subjekt, der Träger des von ihr supponier-

ten, autoritativen und imperativischen Wollens sei, worauf die ihm beigelegte normative oder motivierende Kraft beruhe, auch nicht ob jenes supponierte Wollen in der Erfahrungswelt überhaupt auffindbar sei. Sie behandelt vielmehr die Gedankeninhalte der Rechtsgesetze oder sonstigen von ihr vorausgesetzten Normen als Dogmen, die für alle ihre Rechtsgenossen, somit auch für sie selbst, ebenso unantastbar und ebenso unbezweifelbar bindend sind, wie im Bereiche der praktischen Morallehre die kategorischen autonomen Vernunftgebote oder im Bereiche der praktischen Religionslehre die Gebote Gottes. Auch die Umsetzung des Gedankeninhaltes der Imperative in die Wirklichkeit des Rechtslebens im Wege physischer Eingriffe der gesellschaftlichen Organe, insbesondere der behördlichen Personen, sind ihr bloß praktische, zu den Imperativen äußerlich hinzutretende Maßnahmen, die sie unter dem Titel eines „Rechtszwanges“ zusammenfaßt. Ihr Beruf verlangt keine begriffliche Erklärung, keine Einreihung derselben in ein System der sozialen Tatsachen, auch keine Aufklärung des Widerstreites, der zwischen dem Begriff der Anforderung und dem Begriff einer von dem Wollen der ihr Unterworfenen unabhängigen Verwirklichung der Rechtsgedanken obwaltet. Diese der Jurisprudenz als einer praktischen Lehre ganz angemessene Betrachtungsweise pflegt unter der Bezeichnung „juristisches Denken“ als eine Eigentümlichkeit der Rechtswissenschaft überhaupt, ohne Unterscheidung zwischen Jurisprudenz und allgemeiner Rechtslehre, hingestellt zu werden.[4]) Sie ist sachlich nichts anderes, als die scholastische Methode der Bindung des Geistes an irgend welche ihm von außen vorgeschriebene oder sonstwie von ihm vorausgesetzte Vorstellungen, das „E vinculis sermocinari“, dessen die Naturwissenschaften schon vor mehr als drei Jahrhunderten durch Bacon entledigt wurden. Solche geistige Bindung schließt jede wahre Wissenschaft

aus. Aber für praktische Lehren, die keine Wahrheitserforschungen, sondern Beeinflussungen des Wollens und Handelns der von ihnen Angesprochenen bezwecken, ist sie ein durchaus passendes Mittel. Allgemeine praktische Lehren des Verhaltens finden bei den Rechtsgenossen am leichtesten Eingang und Motivation, wenn sie durch die Annahme eines allen Rechtsgenossen übergeordneten autoritativen Wollens begründet werden.

Um sich einem gesetzgeberischem Wollen, was immer sein Ursprung und Charakter sein mag, zu unterordnen und um Andere zu solcher Unterordnung zu veranlassen, ist es schlechthin erforderlich, seinen Sinn, seinen Gedankeninhalt festzustellen und als unbedingt maßgebend anzuerkennen. Demzufolge sieht sich die Jurisprudenz bemüßigt, die abstrakten Gesetzesworte als Ausdruck subjektiver Vorstellungen eines persönlichen Urhebers („Gesetzgeber", „staatliche Persönlichkeit", „Volksgeist" usw.) zu behandeln, die zu reproduzieren und zu explizieren ihre primäre Aufgabe ist. Nur mittelst Aneignung des Gedankeninhaltes der Gesetze kann deren Befolgung erzielt werden. Es müssen die in den Gesetzesworten ausgedrückten Begriffe adoptiert werden, um den Umfang und die möglichen Anwendungsfälle des supponierten gesetzgeberischen Wollens festzustellen.

Die Bindung der Jurisprudenz an die in den Gesetzesworten ausgedrückten Begriffe und Denkurteile ist umso unbedenklicher, als ihre praktische Wirksamkeit und die praktische Wirksamkeit der Rechtsgesetzgebung, — ebenso wie der praktische Erfolg aller sonstigen Arten empirischer Willensbeeinflussung — nicht von wissenschaftlicher Klarheit ihres Denkens und von Genauigkeit oder Klarheit ihrer Ausdrucksweise abhängt. Ebenso wie man im isolierten außersozialen

Leben Ziele setzen und anderen Personen vorschreiben kann, ohne das Wesen der Ziele genau erkannt zu haben, ebenso wie ein sittliches Verhalten auch ohne klares Bewußtsein von den Sittengesetzen, und eine verständige, das ist den Lebensbedingungen angepaßte, Lebensführung auch ohne scharfe und deutliche, d. i. wissenschaftliche Erfassung dieser Bedingungen, möglich ist, kann auch ein rechtlich soziales Leben, ein Zusammenwirken zu sozialen Zwecken und eine Unterweisung über dessen Anforderungen ohne streng wissenschaftliche Definitionen und Erklärungen stattfinden. Ja die Erreichung der Rechtszwecke wird im Allgemeinen mehr gefördert, wenn die Gesetze in ungenauer Weise gemeinverständlich, als wenn sie in wissenschaftlicher Klarheit und Bestimmtheit gefaßt und erklärt, jedoch der großen Überzahl wissenschaftlich ungeschulter Rechtsgenossen überhaupt nicht oder nur schwer zugänglich gemacht werden.

Deshalb trägt die Gesetzgebung, ebenso wie ihr Dolmetsch und Gehilfe, die Jurisprudenz, kein Bedenken, Ausdrucks- und Verständigungsmittel zu verwenden, die eine wissenschaftliche Betrachtung und Darstellung grundsätzlich ablehnen muß. Redefiguren, insbesondere Metaphern, Substanziierungen ohne Substanz, Subjektivierungen ohne Subjekt, Fiktionen, gehaltlose Nominaldefinitionen, Scheinerklärungen, die nichts anderes sind, als Gedankenzirkel, gehören zu ihrem alltäglichen Werkzeug. Solche Kunstgriffe der Sprache, so wenig sie geeignet sind, der Wahrheitserkenntnis zu dienen, erscheinen als zulässige, ja vielfach unentbehrliche Mittel zur Beeinflussung menschlicher Gefühle und Handlungen, während sie einem auf Wahrheitserkenntnis gerichteten Streben hinderlich und gefährlich sind.[5])

Die Jurisprudenz ist also R e c h t s w e i s h e i t, nicht aber W i s s e n s c h a f t v o m R e c h t e.

Allein : „Die Weisheit“, sagt *Kant* (in der Grundlegung zur Metaphysik der Sitten), „die sonst wohl mehr im Tun

und Lassen, als im Wissen besteht, bedarf doch auch der Wissenschaft, nicht um von ihr zu lernen, sondern um ihrer Vorschrift Eingang und Dauerhaftigkeit zu verschaffen“. Die Wissenschaft, welche derart der Jurisprudenz die Wege und Grenzen weist, ist die allgemeine Rechtslehre. Diese bestimmt die allgemeinen Rechtsbegriffe und mittelst ihrer das Gebiet, welches die Jurisprudenz nicht überschreiten darf, um nicht entweder in die Bereiche der Ethik und der Politik zu geraten, oder willkürliche subjektive Gedanken und Bestrebungen der zur Rechtsanwendung Berufenen an die Stelle von Rechtsregeln treten zu lassen. Es ist natürlich Jedem anheim gestellt, je nach seiner Gemüts- und Denkungsart der Rechtsweisheit oder der Rechtswissenschaft den Vorzug zu geben, lieber dem warmen Pulsschlage des Rechtslebens seines Landes nachzuspüren und zu dienen, oder sich in den kalten Regionen rein theoretischen Wissens zu ergehen. Nur darf die Rechtsweisheit sich nicht für eine Wissenschaft und ihre Ratschläge nicht für Erkenntnisse ausgeben. Sie kann die theoretische Erkenntnis ebenso wenig ersetzen, als diese sie.

Die in Rechtsgesetzen oder sonstigen Rechtsquellen enthaltenen Begriffe und Denkurteile sind nur in Ansehung ihrer peripherischen Abgrenzungen, nicht in Ansehung ihres hauptsächlichen Inhaltes willkürlich gebildet. Dies gilt ebenso wohl von den Begriffsbestimmungen, welche Rechtsverhältnisse, Befugnisse, Verbindlichkeiten und Rechtsgeschäfte, als von Begriffsbestimmungen, welche natürliche Dinge, Vorgänge und Verhältnisse betreffen. Ein Gesetz kann bestimmen, ob ein oder der andere Grenzfall noch in den Umfang eines von ihm verwendeten begrifflichen Ausdruckes einzureihen sei, nicht aber Fälle einbeziehen oder ausschließen, die zweifellos außerhalb bzw. innerhalb desselben liegen. Die gesetzlichen Definitionen sind immer, mögen sie nun Naturbegriffe oder Rechtsbegriffe zum Gegen-

stand haben, an die Realität gebunden. Wenn ein Gesetz bestimmt, was „Nachtzeit", „Beweglichkeit", „Waffe", „Wohnsitz" usw. bedeutet, so will es immer nur Unsicherheiten der Auffassung betreffs der Begriffsgrenzen seiner Worte für seinen Bereich beseitigen. Es kann die Stunden, welche zweifellos in den Tag fallen, nicht zur Nachtzeit, einen Vogel nicht zu einer unbeweglichen Sache, eine Flaumfeder nicht zur Waffe, den Aufenthalt in einem Speisehause nicht zum Wohnsitze stempeln. In gleicher Weise haben die von einem Rechtsgesetze formulierten Begriffe von Rechtsverhältnissen, z. B. Ehe, Miete, Verein, Besitz, nur den Sinn und den Zweck von Grenzbestimmungen, vorschreibend, ob das Rechtsverhältnis in ihrem Gebiete als gegeben gelten soll, wenn sein Vorhandensein nach dem herrschenden Sprachgebrauch zweifelhaft wäre. Aber die Gesetze können Amtsdiener nicht als Richter, Mieten nicht als Servituten, Testamente nicht als Wechsel deklarieren. Denn indem sie sich an die Rechtsgenossen wenden und deren Sprache gebrauchen, unterwerfen sie sich jenen allgemeinen und objektiven Vorstellungen, welche in zweifelfreier Weise mit den sprachlichen Namen verknüpft werden. Die Sprache des Gesetzes kann für seinen Geltungsbereich die Sprachbegriffe näher bestimmen, aber keine neue Sprache schaffen; sie muß, um eben Gesetz zu sein, verständlich bleiben.

Es gibt also, ebenso wie für jeden Naturbegriff, auch für jeden rechtlichen Begriff eine Sphäre, in welche die Gesetzgebung nicht einzugreifen vermag, ohne sich selbst zu widersprechen und ins Sinnlose zu geraten. Gerade diese, der gesetzgeberischen Willkür entrückte Sphäre der rechtlichen Begriffe ist es, mit deren wissenschaftlicher Behandlung eine allgemeine Erfahrungswissenschaft vom Rechte sich hauptsächlich zu befassen hat. Denn ihr handelt es sich um Erklärungen der rechtlichen Er-

scheinungen im Sinne ihrer Einreihung in die gesamte Erfahrungswelt, um logische Einordnungen des Wissens vom Rechte in das menschliche Gesamtwissen, wofür das sicherste Denkmaterial zugleich das in erster Reihe zu verwendende und beste ist.[6])

4. In ihrem der Gesetzesanwendung gewidmeten Dienste begegnet die Jurisprudenz zweierlei Schwierigkeiten. Zunächst den unvermeidlichen Unklarheiten der Gesetzesworte. Sie steht sodann vor der Frage, welche Richtschnur sie zu beobachten hat : Ob sie den Sinn zu erforschen habe, welcher die Gesetzesverfasser bei der Wahl der gesetzlichen Ausdrucksweise geleitet hat, oder ob sie den Gesetzesworten jene Bedeutung beilegen soll, die ihr am meisten geeignet erscheint, den dermaligen sozialen Kulturbedürfnissen Rechnung zu tragen.

Aus sich selbst heraus könnte die Jurisprudenz hierauf bloß dann eine Antwort finden, wenn und nur insoweit als in ihrem Rechtsgebiete gesetzliche Vorschriften über die Gesetzesauslegung bestünden. Aber auch solche Vorschriften können nur in abstrakten, somit auslegungsbedürftigen, Worten ausgesprochen werden, unterliegen daher ihrerseits wieder verschiedenartigen Auslegungsarten. Die Frage nach den überhaupt möglichen Auslegungszielen und Auslegungsmethoden ist eine für alle Rechtsgebiete gleichmäßig bestehende und gleichmäßig zu beantwortende, somit über den Beruf und den Wirkungskreis der Jurisprudenz dieses oder jenes Landes, dieser oder jener Zeit, hinausreichende. Sie erfordert Erwägungen, die mit einem allgemeinen Begriffe von „Recht“ zusammenhängen und der allgemeinen Rechtslehre angehören.

Die zweite, noch viel weiter gehende Schwierigkeit liegt darin, daß die Rechtsgesetze niemals so vollständig sind und sein können, um alle im sozialen Leben vorkommenden und erdenklichen Interessenkollisionen zu umfassen. In allen

Rechtsgesellschaften ereignen sich Interessenkonflikte, die von der Gesetzgebung nicht vorgesehen sind, ja sie bilden in früheren Kulturstufen und in Ländern, wo Gewohnheitsrecht überwiegt, die große Überzahl. Jederzeit ist es auch vorgekommen und wird es vorkommen, daß gesetzliche Anordnungen, ohne durch neue Gesetze aufgehoben worden zu sein, tatsächlich außer Wirksamkeit treten, oder in einem neuen, von dem ihnen bisher beigelegten verschiedenen, Sinne verstanden und angewendet werden. Wenn die Organe der Rechtsanwendung übereinstimmend glauben, daß ethische oder wirtschaftliche Interessen erheischen, es möge in einer bestimmten Art von Lebenslagen den daran Beteiligten eine soziale Unterstützung gewährt oder eine soziale Hemmung entgegengesetzt werden, so bringt sich der Drang nach einer entsprechenden sozialen Regelung auch außerhalb der bestehenden, unter Umständen sogar trotz entgegenstehender, Rechtsgesetze zur tatsächlichen Geltung. Solche Erscheinungen treten umso häufiger und energischer auf, je rascher die Kulturentwicklung und mit ihr die Wandlung der gesellschaftlichen Interessen vor sich geht. Den Organen der Gesetzgebung ist es dann oft nicht möglich, mit gleicher Raschheit die angemessenste Art der Regelung zu finden, es mag ihnen auch nicht rätlich erscheinen, voreilig in den Entwicklungsgang einzugreifen, in der weisen Erwägung, daß dieser durch vorläufige Unterlassung gesetzlicher Vorschriften vielleicht verlangsamt, durch gesetzgeberische Fehlgriffe aber gestört werden könnte. Die Jurisprudenz soll aber, durch des Lebens Not gedrängt, ihre praktischen Belehrungen auch auf die so vorkommenden, der Deckung durch Rechtsgesetze ganz oder teilweise ermangelnden, Interessenkonflikte erstrecken und findet gerade auf diesem Gebiete den stärksten Anreiz zur Entfaltung ihrer praktischen Tätigkeit. Zu diesem Zwecke aber muß sie vorerst wissen, in welcher Gedankensphäre und nach welchem logischen

Verfahren sie erfolgreich und doch in ihrer Sphäre, im Dienste positiven Rechtes verharrend, wirken kann. Ist sie auch auf diesem Gebiete an die Supposition eines über ihr und über den Rechtsgenossen stehenden autoritativen Wollens gebunden? Gibt es für sie außergesetzliche Rechtsimperative? Sind diese ebenso wie die Gesetzesimperative heteronome erfahrungsmäßige Befehle oder autonome, der menschlichen Vernunft innewohnende, Ideen? Oder soll die Jurisprudenz bei ihren einschlägigen Anleitungen von jeder Zurückführung auf Imperative Umgang nehmen und zulassen, daß jeder Richter in jedem Einzelfalle aus eigenem unkontrollierbaren Wollen Urteilsimperative erlasse?

Der Beantwortung dieser Fragen, die man zusammenfassend als das Problem vom „ungesetzten Rechte" bezeichnen kann, sind seit jeher, insbesondere aber in der neueren Rechtsliteratur mannigfaltige Arbeiten gewidmet. Die gangbaren Theorien von einem neben den Rechtsgesetzen einhergehenden, suppletorisch oder auch korrigierend geltenden, „Naturrecht", „richtigem Recht", von „freier Rechtsfindung" und „individuellem Recht" verfolgen sämtlich das jurisprudenzielle Ziel, den Rechtsgenossen und vor allem den Gerichten jenes Landes, dem der Schriftsteller angehört, Anleitungen für eine außerhalb des logischen Rahmens der Rechtsgesetze liegende Rechtsanwendung an die Hand zu geben. Auch die Behandlung der Rechtsgewohnheiten als Quelle des Rechtes im objektiven Sinne erfolgt zumeist bloß aus solchen praktischen Gesichtspunkten. Und doch ist es ganz einleuchtend, daß alle diese Gedankengänge nicht von den Besonderheiten des Rechtslebens in einem einzelnen Rechtsgebiete bedingt sind, daß sie in gleicher Weise, wie die Lehre von der verpflichtenden oder motivierenden Kraft der Gesetze, für alle möglichen Rechtsgebiete und Jurisprudenzen gelten müßten. Da die Voraussetzung einer unbedingt

autoritativen Bindung, innerhalb deren sich die den Rechtsgesetzen gewidmete Jurisprudenz bewegt, beim außergesetzlichen — gleichwohl aber tatsächlich geltenden — Rechte mangelt, so müssen für dieses anderweitige Grundlagen gefunden und festgestellt werden. Die Prüfung der Frage, wie ungesetzte Regeln positiven Rechtes überhaupt möglich sind, kann nur auf Grund einer das Wesen des positiven Rechtes und seiner Quellen ergreifenden Untersuchung stattfinden, die sich nicht mit den Besonderheiten einer einzelnen Rechtsordnung befaßt, sondern das Gemeinsame aller vergangenen, gegenwärtigen und künftigen Rechtsordnungen zum Gegenstande nimmt. Hieran wird nichts geändert, wenn die Rechtsgesetze eines bestimmten Landes anordnen, daß allfällige Lücken der Gesetzgebung durch Rechtsgewohnheiten oder durch „natürliche" Rechtsgrundsätze auszufüllen seien. Denn auch dann erübrigen überall die Fragen : Welche Gewohnheiten sind Rechtsgewohnheiten, was ist natürliches „Recht", welche Ideen sind Rechtsideen ? Diese Fragen können entweder in philosophischem Sinne oder im Sinne einer erfahrungsmäßigen Erkenntnistheorie gestellt werden, in keinem Falle aber ist die innerhalb der Grenzen rein praktischen Denkens sich bewegende Jurisprudenz imstande, sie zu beantworten oder auch nur gründlich zu erwägen.

5. Dem Bedürfnisse jeder Jurisprudenz nach einer grundlegenden allgemeinen Rechtslehre reiht sich das erkenntnistheoretische Bedürfnis an.

Wenn davon gesprochen wird, daß die Richter eines Landes diese oder jene Befugnisse oder Verbindlichkeiten haben, bei jeder besonderen Gestaltung des Richtertums, ist eine allgemeine Vorstellung „Richter" vorausgesetzt, deren Inhalt und Umfang eine wissenschaftliche Feststellung heischt. Gleiche Postulate wissenschaftlicher Begriffsbestimmungen ergeben sich bei jeder anderen Gattung rechtlicher Erscheinungen. Die Rechtserscheinungen des

Eigentums und aller sonstigen Vermögensrechte, der Familienrechte, des Staates und der öffentlich rechtlichen Herrschaften und Untertänigkeiten, der Rechtsgeschäfte, der Korporationen usw. weisen in den geschichtlich gegebenen Rechtssystemen mannigfache Besonderheiten auf. Jede solche besondere Gestaltung bildet eine Unterart eines allgemeinen Rechtsbegriffes und kann nur als solche vorgestellt werden. Die Klärung und Systemisierung dieser allgemeinen Erfahrungsbegriffe ist eine unumgängliche Aufgabe der Rechtsforschung. Ebenso wie der menschliche Geist neben den einer einzelnen Sprache anhaftenden Eigentümlichkeiten auch allgemeine Begriffe von der Sprache und von den zu ihr gehörenden Erscheinungen bildet und diese unter allgemeine erfahrungsmäßige Regeln bringt, sucht er auch allgemeine Vorstellungen von den Rechtserscheinungen zu gewinnen und unterscheidet diese von den besonderen Gestaltungen, in denen sie in einem oder dem anderen geschichtlichen Rechte vorkommen. Solches Erkenntnisbestreben kann sich mit den ungeklärten verworrenen Begriffen des gemeinen Denk- und Sprachgebrauches nicht zufrieden geben. Es könnte dies auch dann nicht, wenn deren Umgestaltung zu wissenschaftlichen Begriffen dem praktischen Rechtsleben und damit auch der Jurisprudenz keinen Nutzen brächte. Denn die wissenschaftliche Reinigung der Begriffe hat rücksichtlich des Rechtes, gerade so wie rücksichtlich aller anderen Wissensobjekte, ihren selbständigen Wert seelischer Befriedigung und geistiger Förderung.[7])

In der Tat weist die Rechtsliteratur aller Zeiten Bemühungen auf, darauf gerichtet, die im vorwissenschaftlichen Denken nur unzureichend und ungenau vorgestellten Rechtserscheinungen unter deutlichere Begriffe zu bringen. Sie sind bald in den „allgemeinen Teilen“, welche die Jurisprudenz eines besonderen positiven Rechtes ihren Gesamtdarstellungen vorauszuschicken pflegt, bald in selbständigen Werken

enthalten, und bilden in neuerer Zeit mehr als je vorher den Gegenstand scharfsinniger, oft allzu ausführlicher, Untersuchungen. Fast durchgängig jedoch erweisen diese sich als abhängig oder doch wesentlich beeinflußt auf der einen Seite von jurisprudenziellen Erwägungen und demzufolge von den für diese maßgebenden Begriffsbestimmungen dieser oder jener Gesetzgebung, auf der anderen Seite von rechtsphilosophischen Ideen; sie sind mehr oder weniger teils durch praktische Jurisprudenz, teils durch praktische Rechtsphilosophie beirrt und vom rein theoretischen Wege zur Erkenntnis abgedrängt.

Wie sehr der Unterschied zwischen einer einheitlichen, allen Menschen gemeinschaftlichen allgemeinen Wissenschaft vom Rechte und den unzählbaren Jurisprudenzen verkannt wird, zeigt sich darin, daß die Rechtswissenschaft schlechthin als „praktische Wissenschaft" bezeichnet wird. Der Ausdruck „praktische Wissenschaft" ist schon an sich ungenau. Praktisch sind nur Willenstätigkeiten und unter diesen Forderungen, nicht Erkenntnisse. Das Urteil über das Vorhandensein einer Forderung ist etwas von dieser Verschiedenes. Es ist nur insoferne praktisch, als es dazu dient, den Gedankeninhalt einer Forderung zu verdeutlichen und dadurch deren Wirksamkeit zu verstärken, somit den Charakter einer Beihilfe oder Mitwirkung zur Forderung annimmt. Eine derartige Lehre ist die Jurisprudenz eines jeden individuellen Rechtsgebietes. Nur innerhalb ihres praktischen Gesichts- und Wirkungskreises kann gesagt werden: „Recht ist für jedermann nur das Recht seiner Gesellschaft".[8]) Das logische Subjekt „Recht" wird in diesem Satze nicht als Erkenntnisobjekt, sondern als Träger eines praktischen Wertes, den das einzelne Recht für seine Teilnehmer und nur für diese besitzt, verstanden. Als Erkenntnisobjekt, als Objekt einer Rechtswissenschaft, ist für den Deutschen das chinesische Recht nicht minder Recht als das

deutsche und umgekehrt. Wer einem Deutschen oder einem Chinesen sagt, nur sein Recht sei für ihn Recht, der erklärt eben hiedurch, daß er keine Erkenntnisse überliefern, sondern ein Verhalten veranlassen will, er betreibt keine Wissenschaft, sondern eine praktische Disziplin. Ähnliches gilt von der öfters vorkommenden Charakterisierung der Rechtswissenschaft als einer technischen Lehre. Unter „Technik" ist die Anwendung allgemeiner Gesetze oder Regeln, unter „Technologie" die Lehre von solchen Anwendungen zu verstehen. In diesem Sinne ist die Rechtsanwendung Technik, die Jurisprudenz Technologie. Sie unterscheiden sich indes von allen anderen Techniken und Technologien dadurch, daß sie zugleich selbst an der Bildung und dem Bestande der Rechtsregeln durch gemeinverständliche Darlegung des Inhaltes ihrer Rechtsquellen mitwirken. Eine Wissenschaft vom Rechte, welche das überall gleichbleibende Wesen des Rechtes überhaupt zum Gegenstande nimmt, hingegen, wirkt weder bei der Anwendung noch bei der Bildung oder Aufrechthaltung der Rechtsregeln einer einzelnen Rechtsordnung mit.[9])

6. Nicht minder leidet die allgemeine Rechtslehre durch ihre Vermengung mit rechtsphilosophischen Gedankengängen. Gibt es überhaupt ein Erfahrungsobjekt „Recht" oder „Rechtsordnung", so muß das Wissen von seinem und seiner Erscheinungen Wesen dem Nachsinnen darüber, wie sie geartet sein sollten, voraus gehen. Solches Nachsinnen involviert die Möglichkeit, daß seine Gegenstände den idealen Forderungen nicht entsprechen; deren reale Wesenheiten müssen daher unabhängig von idealen Forderungen begriffen werden. Wenn die Rechtsordnungen idealen Aufgaben nachkommen sollen, müssen sie vorerst in der realen Welt vorkommen, und um ihre idealen Aufgaben zu prüfen, müssen sie vorerst als etwas Seiendes im Bewußtsein des Beurteiler gegeben sein.[10]) Wissenschaftliche Betrachtung des rechts-

gesellschaftlichen Zusammenlebens von Menschen und philosophische Aufstellung von Rechtsideen müssen daher getrennte Wege gehen. Nur dann werden sie sich wechselseitig fördern; wer sie miteinander vermengt, stört und verwirrt beide.

„Feindschaft sei zwischen Euch! Noch kommt das Bündnis zu frühe,
Wenn Ihr im Suchen euch trennt, wird erst die Wahrheit erkannt".

ruft uns Schiller zu; und Goethe:

„Willst Du ins Unendliche schreiten,
geh' nur im Endlichen nach allen Seiten".

Mag daher immerhin die Rechtsphilosophie den menschlichen Bestrebungen, aus denen jenes Ganze, welches wir „Recht" nennen, herauswächst, Richtlinien vorschreiben, nach diesen das Recht in ein „richtiges" und ein „unrichtiges" einteilen und von ihrem Standpunkte aus, das richtige als ideales Recht und das unrichtige als ideales Unrecht bezeichnen. Gerade hiedurch anerkennt sie, daß ihr Gegenstand nicht das „Recht", sondern ein ideales „Recht des Rechtes" ist, eine öfters gebrauchte Wortfügung, die nur dann nicht sinnlos ist, wenn Recht einmal als ideale Forderung, das anderemal als reale Wesenheit genommen wird. Die Rechtsphilosophie kann sich freilich mit der Einreihung der Rechtsbegriffe in das System der Erfahrungsbegriffe nicht zufrieden geben, sie würde sich hiedurch selbst verleugnen. Wohl aber heischt sie eine Grundlage durch eine Erfahrungswissenschaft vom Rechte, ohne die ihre Postulate sich in ein vages, ideologisches „Sollen", das mit den in der Erfahrung gegebenen Potenzen nicht rechnet, verlieren müssen. Denn jedes Sollen, ist von dem realen Können des ihm Unterliegenden bedingt. Was das Recht leistet und leisten kann, ist aber nur durch wissenschaftliches Begreifen seines realen Wesens und Wirkens feststellbar. Rechtsphilosophie setzt demnach eine allgemeine Erfahrungslehre vom Rechte voraus. In Ermangelung einer solchen bestünde der philosophisch zu

betrachtende Gegenstand in verworrenen, undeutlichen Gemeinvorstellungen. Nur einen Erfahrungsbegriff konnte *Kant* bei seiner Bemerkung, daß „die Juristen noch immer eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht suchen" (Kritik der reinen Vernunft, II., Transcendentale Methoden) vermissen, da es nicht Sache der Juristen ist, transcendentale Begriffe zu finden.

Wie immer indes die Rechtsphilosophie sich zu einer allgemeinen Rechtslehre stellen möge, soviel ist sicher, daß diese ihrerseits wieder sich selbst verleugnen würde, wollte sie ihre Begriffsbestimmungen aus idealen Werten schöpfen. Aus Erfahrungen können nur Begriffe, nicht Ideen, gewonnen und nur mittelst Begriffen, nicht mittelst Ideen, können Erfahrungen verstanden werden. Alle Ordnung des Seienden nach Begriffen und Regeln wird durch den menschlichen Verstand, der das Seiende als objektiv gegeben erkennt und eben hierdurch das Organ der Erfahrungswissenschaften ist, bewerkstelligt. Die menschliche Vernunft ergibt bloß Ideen, Vorstellungen davon, wie die vom Verstande begriffenen Dinge, Regeln und Verhältnisse beschaffen sein sollten. Diese dem menschlichen Geiste durch die *Kant*sche Philosophie zum vollen Bewußtsein gebrachte Unterscheidung zwischen „Vernunft" und „Verstand" bildet die Grundlage der Unterscheidung zwischen Rechtsphilosophie und der allgemeinen Rechtslehre. Wer behaupten würde, daß letztere die Zuhilfenahme von Vernunftideen erfordere, würde damit zugleich die Unmöglichkeit einer Erfahrungswissenschaft vom Rechte behaupten. Eine solche kann, ebenso wie alle anderen Erfahrungswissenschaften, nur mittelst der Verstandesfunktionen erzielt werden. Das Problem der Möglichkeit einer allgemeinen Wissenschaft vom positiven Rechte ist das Problem der Möglichkeit, das Recht und seine Erscheinungen rein verstandesmäßig als generelle Tatsachen der Erfahrung zu erfassen und in das System aller Erfahrungsbegriffe einzureihen.

7. So unabweislich das Bedürfnis nach einer allgemeinen Erfahrungslehre vom Rechte ist, so macht es sich doch in der Kulturgeschichte später geltend als das Bedürfnis nach der praktischen Jurisprudenz. Denn alles Wissen und Begreifen ist ursprünglich durch das Streben nach Befriedigung praktischer Lebensbedürfnisse bestimmt. Generelle Urteile über Dinge, Vorgänge und Verhältnisse und die ihnen korrespondierenden Begriffe werden ursprünglich auf Grund und nach Maßgabe der mit ihren Gegenständen verknüpften Vorteile oder Nachteile gebildet. Nur in allmählicher Entwicklung erhebt sich der menschliche Geist von diesen durch subjektive und deshalb zufällige Lebensbedürfnisse bedingten Abstraktionen zur Höhe der Forschung nach einem objektiven Wesen der Erscheinungen, indem er dessen inne wird, daß er diese nur dann zur Gänze in sich aufnehmen kann, wenn er von ihren Nützlichkeiten für einzelne der Vergänglichkeit angehörende Menschen oder Menschenkreise vorerst absieht, wenn er sie als für alle Menschen objektiv gegebene Dinge, Vorgänge oder Verhältnisse erfaßt.[11])

Der Fortschritt von subjektiv utilitarischer zu objektiv wissenschaftlicher Betrachtung und Beurteilung geht auf allen Wissenschaftsgebieten zwar sicher, aber nur schwer und langsam vor sich. Umso schwerer und langsamer, je stärker die praktischen Lebensinteressen eingreifen. Denn je lebhafter die subjektiven Interessen, desto schwieriger ist das Absehen von ihnen. Den größten Erschwernissen und Hemmungen begegnen in dieser Richtung alle soziologischen Doktrinen, und unter diesen wieder besonders die Herausbildung einer von der subjektiven Beteiligung des Beurteilers an einer bestimmten Rechtsordnung absehenden, also rein objektiven oder allgemeinen, Lehre vom positiven Rechte. Keinerlei Erkenntnisobjekte sind für die praktischen Interessen so wichtig, wie das rechtsgesellschaftliche Zusammenleben der Menschen, auf keinem anderen Gebiete wird daher der Trieb

nach theoretischer Erkenntnis von dem Triebe nach Interessenbefriedigung so sehr überwogen, als auf diesem.

Die Entwicklung der unvollkommenen, wenn auch für Gesetzgebung und Jurisprudenz praktisch ausreichenden, Begriffsbildungen zu den für eine wissenschaftliche Erkenntnis vom Rechte erforderlichen klaren und allgemein giltigen Begriffen und Urteilen ist aber unaufhaltbar. In allen historisch gegebenen Rechtsordnungen zeigen sich im großen und ganzen dieselben Typen und Rechtserscheinungen, verschieden untereinander nur durch Besonderheiten, ebenso wie die Typen der Tiere und Pflanzen der leblosen Natur, der Sprachen und sonstigen außerrechtlichen Kulturerscheinungen, überall wiederkehren. Hier wie dort unterliegen die Typen unter besonderen Umständen besonderen Modifikationen. Es ist nicht abzusehen, warum solche Besonderheiten gerade nur auf dem Rechtsgebiete die auf allen anderen Gebieten der Natur und der Kultur mögliche und angestrebte Bildung allgemeiner und reiner Erfahrungsbegriffe und Erfahrungsurteile hindern sollten.[12])

II. Abschnitt.

Über die Definition des positiven Rechtes als Komplex von Normen oder von Imperativen.

1. Das erste und grundlegende Problem, welches eine allgemeine Rechtslehre zu lösen hat, geht dahin, ob das begriffliche Wesen des positiven Rechtes in Anforderungen, die an die Mitglieder einer einzelnen Gesellschaft ergehen, also aus Sätzen, die den Gedanken eines Verhaltensollens ausdrücken, oder aus Regeln des Verhaltens, die bei den Gesellschaftsmitgliedern tatsächlich gelten, also erfahrungsmäßige Realität besitzen, bestehe. Bei dieser Erwägung ist vor allem die Vernunftforderung und die ethische Pflicht eines jeden Menschen, sich

dem positiven Rechte seines Landes gemäß zu verhalten, vom begrifflichen Wesen des positiven Rechtes selbst strenge zu sondern. Denn diese Pflicht setzt bereits das positive Recht voraus, ist also davon, ob dessen Begriff unter die Vorstellungen eines Geschehensollens oder unter die Vorstellungen einer Regel tatsächlichen Geschehens zu subsumieren ist, völlig unabhängig. Sie gilt in dem einen Falle ebenso wie im anderen und ist in Ansehung aller Menschen und aller positiven Rechtsordnungen, die jemals bestanden haben, oder bestehen werden, eine und dieselbe allgemein giltige (Abschn. VIII, Z. 2).

Demnach muß der Begriff „positives Recht" unter allen Umständen unabhängig von der ethischen Forderung, daß die Rechtsgenossen sich ihm gemäß, d. i. rechtmäßig verhalten sollen, festgestellt werden. Nur ob dieser Begriff unter den Oberbegriff einer von irgend einem empirischen Wesen an die Rechtsgenossen gerichteten Forderung falle, steht zur Frage. Deren Bejahung kann sich nicht auf den kardinalen Gegensatz zwischen den Regeln des Seienden oder Geschehenden und den Regeln eines ethischen Sollens stützen; das Gegenstück zum Seienden und Geschehenden bildet ausschließlich das Sollen im Sinne einer Vernunftpflicht. Der gemeine Sprachgebrauch wendet freilich auch bei Imperativen, die ein Mensch an Andere richtet, den Ausdruck „Sollen" an. Wer einen anderen durch jene Art kategorischer Willensäußerungen, die „Befehle" heißen, zu einer Handlung oder Unterlassung veranlassen will, bedient sich des Ausdruckes: „Du sollst" oder „Ihr sollt". Ebenso sagt jemand, der eine Maxime für sein eigenes künftiges Verhalten aufgestellt hat, sobald deren Voraussetzungen gegeben sind, zu sich selbst: „Ich soll." Allein ein objektives für jeden dritten Beurteiler giltiges Werturteil: „Er soll" oder „Man soll", wie es ethischen Forderungen entspringt und Pflichten begründet, ist dadurch nicht gegeben.

Aufgabe der Rechtsphilosophie ist es, ein System von Ideen und Sätzen, die Realisierung mittelst Rechtsregeln heischen und herkömmlicher Weise als „Vernunftrecht“ oder „Naturrecht“ bezeichnet werden, aufzustellen. Nicht solche Vernunftideen aber, sondern Sätze, welche ein menschliches Zusammenleben tatsächlich beeinflussen, haben die Normen- und Imperativentheorien im Auge, wenn sie das positive Recht als einen Komplex von normativen oder von imperativischen Forderungen definieren. Der Gedankeninhalt positiver Rechtsregeln kann wohl, muß aber nicht, mit Vernunftforderungen übereinstimmen. Ist aber solche Übereinstimmung für den Begriff des positiven Rechtes nicht bestimmend, so muß die hier zur Erörterung stehende Frage unabhängig davon, ob und inwieweit der besondere Inhalt irgend welcher Rechtsregeln idealen Forderungen entspricht oder nicht, beantwortet werden.

Eine Forderung (Gebot oder Verbot) heißt Norm, wenn mit ihr die Vorstellung einer Quelle objektiver Pflichten, Imperativ oder Befehl, wenn mit ihr die Vorstellung einer Quelle subjektiver Motivationen verbunden wird. Wird also positives Recht als ein Komplex von Forderungen erklärt, so können darunter, mag man sie auch „Normen“ nennen, doch nur Imperative verstanden sein.[13])

Der Gegensatz zwischen verpflichtender Norm und Motive erregendem Imperativ entspricht dem von *Kant* aufgestellten Gegensatze zwischen autonomen und heteronomen Forderungen. Hiebei sind unter „autonomen“ Forderungen nicht solche zu verstehen, die der einzelne Mensch als Maximen seines künftigen Verhaltens aufstellt und zu befolgen sich vorsetzt. Denn diese haben, ebenso wie heteronome Forderungen, eine bloß subjektive und vergängliche Bedeutung als Motivationen individueller Verhaltensweisen. Im Sinne *Kants* sind autonome Forderungen Emanationen

eines objektiven und ewigen, „praktische Vernunft" genannten, jenseits aller Erfahrung liegenden, daher auch nicht erfahrungsmäßig begreifbaren Ideales. Empirische Forderungen, mögen sie von Jemandem als dessen Maximen an ihn selbst oder als Imperative an andere Menschen gerichtet sein, stehen zu Vernunftnormen in einem analogen Verhältnisse, wie subjektives Denken einzelner Menschen zu allgemein giltigen Erkenntnissen, wie willkürlich gebildete subjektive Denkurteile zu notwendigen objektiven Erkenntnissen. Werden diese zwei grundverschiedenen Forderungsarten miteinander verquickt, so resultiert die ebenso widerspruchsvolle als dem sittlichen Bewußtsein widerstrebende, weil einer Heuchelei zum Verwechseln ähnliche, Fiktion: „äußere Pflicht".[14])

Es gilt zu zeigen, daß das begriffliche Wesen des positiven Rechtes überhaupt nicht in einem, sei es normativen oder autonomen, sei es imperativischen oder heteronomen, Fordern liegt, daß die Normentheorien das positive Recht mit Vernunftforderungen, die Imperativentheorien das positive Recht mit dessen Quellen verwechseln.

2. Bestünde das positive Recht aus Forderungen, die — gleich den Rechtsgesetzen — in jeder individuellen Rechtsgesellschaft von einer ihr übergeordneten individuellen Willensinstanz willkürlich erlassen werden, so wäre eine allgemeine Rechtslehre nicht möglich. Die Normen- und Imperativentheorien schaffen nur logische Gerüste für die verschiedenen Jurisprudenzen, wie sie sich denn auch selbst zumeist als „praktische Wissenschaft" deklarieren (Abschn. I, Z. 5). Dann aber sollten sie sich aller Bestrebungen zur Bildung allgemein giltiger Rechtsbegriffe vom Staatsrechte, vom öffentlichen und Privatrechte, vom Unrechte, von Rechtsgeschäften, von subjektiven Rechten und ihrer Unterarten usw. enthalten und ihre Gedankenarbeit auf die Konstruktion von Begriffen aus den in einem einzelnen Ge-

biete erlassenen Normen oder Imperativen beschränken. Denn jede heteronome Forderung beansprucht und hat nur eine Bedeutung für einen zeitlich und räumlich bestimmten Menschenkreis, ist daher etwas Individuelles und bildet als solches keinen Gegenstand allgemein giltiger Erkenntnisse. Dessen ungeachtet stellen die Normen- und Imperativentheorien immer wieder neue, zumeist ebenso ausführliche und komplizierte als scharfsinnige Erörterungen über Begriffe an, die eine über die Rechtsordnung eines individuellen Gebietes hinausreichende Giltigkeit beanspruchen. Hierin liegt ein innerer Widerspruch. Sie müssen, so lange sie allgemein giltige Rechtsbegriffe aus den nur für ein individuelles Rechtsgebiet giltigen Normen schöpfen wollen, als Versuche mit untauglichen Mitteln bezeichnet werden ; das einzige Mittel, um zu allgemein giltigen Erkenntnisbegriffen zu gelangen, ist die Induktion aus unmittelbaren Anschauungen wirklicher Vorgänge.

Bezüglich zahlreicher und wichtigster Rechtserscheinungen ist das Normenprinzip und das Imperativenprinzip zur Erklärung völlig unzureichend.

Sie betrachten die rechtlichen Befugnisse bloß als sekundäre Reflexe oder Folgen jener, sei es ethischen, sei es psychisch motivierenden Bindungen, welche den primären Zweck jeder Art von Forderungen bilden. Das menschliche Bewußtsein verbindet jedoch mit der Vorstellung von rechtlichen Befugnissen und von ihrem Verhältnis zum objektiven Rechte weit mehreres. Ihm zufolge besteht der wesentliche oder primäre Zweck des positiven Rechtes nicht darin, die Willkür der Rechtsgenossen in der freien Betätigung ihrer Interessen durch Gebote oder Verbote einzuschränken, sondern darin, ihnen bestimmte Interessensphären zur freien Betätigung durch sozialen Beistand zu gewährleisten. Die Qualifizierung gewisser Interessenverfolgungen als Unrecht und deren soziale Bekämpfung bezweckt nicht deren Urheber zu

schädigen, sondern den durch sie Gefährdeten oder Beeinträchtigten zu nützen. Indem die Normen- und Imperativentheorien dieses zwischen Rechtsbefugnissen und Rechtsverbindlichkeiten obwaltende Verhalten umkehren, bringen sie in ihre gesamte Anschauung vom positiven Rechte einen falschen, seine wahre Bestimmung verzerrenden Zug.[15])

Gemäß der Definition der Rechtsregeln als Forderungen, die an die einem bestimmten historisch gegebenen gesellschaftlichen Kreise angehörenden Menschen gerichtet sind, wären ferner die rechtlichen Befugnisse ebenso wie die rechtlichen Verbindlichkeiten nur etwas Sein-sollendes, nicht etwas Seiendes. Diese Qualifikation wird den Bewußtseinsinhalten, welche wir rechtliche Befugnisse und rechtliche Verbindlichkeiten nennen, nicht gerecht. Jedes in irgend einem Lande zu irgend einer Zeit bestehende dingliche oder obligatorische, privatrechtliche oder öffentlich-rechtliche Verhältnis ist ein allen Menschen gleichermaßen gegebenes Erkenntnisobjekt, das als etwas Seiendes vorgestellt werden muß, bevor von ihm ausgesagt wird, daß es für die dem betreffenden Lande Angehörenden eine besondere praktische Wirksamkeit habe. Daß der Amerikaner X ein Vermögen besitzt, oder daß der Amerikaner Y Staatssekretär oder Staatspräsident ist, hat nicht nur für die Amerikaner eine praktische, sie verpflichtende Bedeutung, sie hat überdies für alle Menschen, gleichviel ob sie Amerikaner sind oder nicht, die verstandesmäßige Bedeutung eines tatsächlich bestehenden Verhältnisses, dessen begriffliches Wesen nicht aus Forderungen, die ein Sollen begründen, wohl aber aus Tatsachen, die ein Sein oder Geschehen enthalten, ableitbar und erkennbar ist.

Auch die Anwendung von Rechtsregeln auf Lebensverhältnisse und Vorgänge, die außerhalb ihres Geltungsgebietes stattfinden oder Angehörige einer andern Rechtsgesellschaft betreffen, ferner die Möglichkeit rückwirkender Anwendungen von

Rechtsgesetzen auf Vorfälle, die ihnen zeitlich vorangegangen sind, kann weder aus dem Normenprinzip, noch aus dem Imperativenprinzip abgeleitet werden. Es ist völlig sinnlos, Forderungen an Personen, die ihnen nicht unterworfen sind, oder Forderungen in Ansehung eines bereits der Vergangenheit angehörenden, ihnen also weder in ethischem noch in motivierendem Sinne zugänglichen, Verhaltens zu erheben oder von solchen Forderungen zu sprechen. Da jedoch der Bestand derartiger Rechtsregeln füglich weder bestritten noch als ein das menschliche Fassungsvermögen übersteigendes Wunder hingestellt werden kann, so sind die Normen- und Imperativentheorien in Ansehung derselben genötigt, zu Fiktionen zu greifen, die sich als ganz überflüssig erweisen, sobald das Recht als ein Komplex tatsächlich geltender Regeln begriffen wird (Abschn. VI, Z. 10).

3. Sowohl das Normen- als das Imperativenprinzip führt zur Aufhebung oder doch Verwischung der Unterscheidung zwischen den Begriffen Recht und Rechtsquelle, wenigstens in Ansehung des gesetzlichen Rechtes. Denn die ihnen zufolge als gesetzliches Recht angesehenen Forderungen sind die Gesetze selbst und nur in diesen erkennbar. Eine notwendige Folge hievon wäre, daß nur jene Auffassung und Auslegung eines Gesetzesinhaltes richtig, d. h. Erkenntnis eines Rechtsinhaltes sei, die ein gesetzgeberisch forderndes Wollen und Denken getreu wiedergibt. Eine davon abweichende Gesetzesauffassung und Gesetzesanwendung, möchte sie auch das Rechtsleben dauernd beherrschen, wäre und bliebe eine unrechtmäßige, weil sie dem seinerzeitigen Wollen der Gesetzgeber zuwiderliefe.

Andererseits kann ernstlich nicht bestritten werden, wird auch derzeit kaum mehr bestritten, daß die Gesetzesinhalte den als Gesetzgeber fungierenden Persönlichkeiten oft gar nicht, immer aber nur in sehr mangelhafter Weise bekannt sind. Bei großen und komplizierten Gesetzen ist ein auch

nur einigermaßen vollständiges Wissen von den darin enthaltenen Rechtssätzen auf Seite der Gesetzgeber völlig ausgeschlossen. Sie gleichwohl als deren Geisteswerke hinzustellen, ist eine Fiktion. In Wahrheit ist das imperativische Wollen der Gesetzgeber bloß darauf gerichtet, daß die im Gesetze enthaltenen Rechtssätze, gleichviel ob sie ihnen bekannt sind oder nicht, in Hinkunft den Inhalt von Regeln des sozialen Lebens bilden, daß sie von den Rechtsgenossen zur Richtschnur ihres Verhaltens gemacht werden. Dieser Gesetzesbefehl ist vom Gesetzesinhalte durchaus zu unterscheiden. Er ist nur in dem Augenblicke vorhanden, in welchem das Gesetz erlassen wird; daß er solange währe, bis er widerrufen wird, ist wiederum eine Fiktion. Vom Zeitpunkte der Gesetzerlassung angefangen führen die Gesetze, geradeso wie irgend welche andere literarische Werke, nachdem sie, vom Geiste ihres Autors losgelöst, mittelst sinnlicher Zeichen in die Außenwelt getreten sind, ein selbständiges Dasein, in welchem sie nicht mehr als ein Inhalt der gesetzgeberischen Befehle, sondern als objektiv vorliegende geistige Werke insoweit Realität besitzen, als ihre Gedankeninhalte von anderen Menschen aufgenommen und verstanden werden. Von einer imperativischen oder normativen Forderung, welche ihre Befolgung heischt, kann sodann nur insoferne die Rede sein, als die Rechtsgenossen selbst von einander wechselseitig ein gesetzmäßiges Verhalten verlangen. Hiemit aber wird das Prinzip der Imperativen- und Normentheorien, die Annahme eines den Rechtsgenossen übergeordneten Wollens, aufgegeben und der Boden von Regeln, welche dem wechselseitigen Verhalten der Rechtsgenossen innewohnen, betreten.

Unmittelbar evident ist die Notwendigkeit der Einbeziehung des sozialen Verhaltens in den Rechtsbegriff in Ansehung jenes positiven Rechtes, das einer Grundlage durch Rechtsgesetze ermangelt. So vor allem in Ansehung der

Rechtstellung, welche die gesetzgeberischen Persönlichkeiten selbst in der Rechtsgesellschaft einnehmen, dann bei allen anderen auf Rechtsgewohnheiten beruhenden Rechtsregeln. Hier ist schlechterdings kein den Rechtsgenossen gegenüberstehendes Willenssubjekt, das sie normierend oder befehlend beeinflussen könnte, erfindlich. Auch die Normen- und Imperativentheorien müssen für diese Teile der Rechtsordnung als Grundlage auf das Wollen und Verhalten der Rechtsgenossen selbst zurückgreifen.

Um trotz alledem an ihrem dogmatischen Axiom festhalten zu können, schreibt die derzeit noch vorherrschende Rechtsliteratur der Rechtsgesellschaft selbst als einem selbständigen Wesen eine Art Willensfähigkeit zu. Hiedurch wird jedoch bloß an die Stelle der Fiktion, das positive Recht sei die Schöpfung der die Gesetze sanktionierenden und promulgierenden Personen, eine andere, nämlich die Fiktion eines übermenschlichen Willenssubjektes, gesetzt. Es macht dabei keinen wesentlichen Unterschied, ob der Rechtsgesellschaft die angebliche Willensfähigkeit unter dem Titel einer „gesellschaftlichen Persönlichkeit", einer „staatlichen Persönlichkeit", eines „Volksgeistes", einer „sozialen Psyche", einer „Rechtsmacht" oder eines „Gesamtwillens" (soferne man von diesem wie von einem Willenssubjekte spricht), angedichtet wird. Mit jedem dieser substantivischen Namen will man eine außermenschliche oder übermenschliche Art von Willensträgern bezeichnen, die in der Erfahrungswelt nicht auffindbar ist. Auch wer für sie eintritt, muß zugeben, daß den Rechtsgesellschaften (Staaten, Provinzen, Kirchen usw.) keine jener Fähigkeiten, die menschliches Wollen bedingen und zur Folge haben, kein Bewußtsein von der Außenwelt und kein Selbstbewußtsein, kein Denken und kein Empfinden, ja auch keine andere Art von Willensfähigkeit, als eben nur die zu den supponierten Rechtsbefehlen erforderliche, und auch

diese niemand Anderem als gerade nur ihren Mitgliedern gegenüber, zukomme. Für die Annahme einer den Rechtsgesellschaften innewohnenden Willensfähigkeit erübrigt daher keine andere Begründung, als eben das Vorurteil, daß alles positive Recht aus heteronomen Forderungen bestehe. Sie wird nur zu dem Zwecke aufgestellt, um diesem Vorurteil zu einer formal logischen Gedankenfolge zu verhelfen. Dies ist das charakteristische Merkmal aller sogenannten wissenschaftlichen Fiktionen (Abschn. III, Z. 3).

4. Folgerichtig verfahrende Normen- und Imperativentheorien dürften das tatsächliche — sei es gehorsame, sei es ungehorsame — Verhalten der Angesprochenen nicht für etwas zum Wesen des Rechtes gehöriges ansehen und erklären. Aber diese strenge Folgerichtigkeit wird von ihnen oft nicht beobachtet, weil sie sich der Einsicht nicht verschließen können, daß durch Normen oder Imperative für sich allein genommen, das Wesen des positiven Rechtes nicht erschöpft wird. Sie finden sich dazu gedrängt, in ihre Definition vom Rechte neben der Vorstellung von einer an die Rechtsgenossen ergehenden Anforderung auch die Vorstellung von einer durch diese bewirkten Motivation auf Seite der Rechtsgenossen, also ein tatsächliches Moment, einzuführen und die Rechtsimperative als von den Rechtsgenossen befolgte Imperative zu definieren. Nun kann man wohl von einer Anforderung aussagen, daß sie befolgt wird, und von einer Handlung aussagen, daß sie einer Anforderung Folge leiste. Aber durch diese Prädikate wird dort der Begriff der Anforderung, hier der Begriff der Handlung nicht berührt. Die Befolgung ist unter allen Umständen die Willenstätigkeit eines anderen Willenssubjektes als desjenigen, von dem die Forderung ausgeht, das gehorchende Wollen ist unter allen Umständen ein dem heischenden Wollen nachfolgendes und gegenüberstehendes.

Demselben Einwand unterliegt jene Theorie, die statt Befolgung eine „Anerkennung“ seitens der einzelnen Rechtsgenossen als das eine Norm oder einen Imperativ zur Rechtsnorm oder Rechtsimperativ qualifizierende Moment einstellt.

Sowohl das Befolgungs- als das Anerkennungsprinzip setzen volle Kenntnis von den Gedankeninhalten der Imperative oder Normen und die Absicht, sich ihnen gemäß zu verhalten, voraus. Diese Voraussetzungen sind, wenigstens betreffs der übergroßen Mehrzahl der Rechtsgenossen offenbar rein fiktive. In Wahrheit ist denn auch rechtmäßiges Verhalten von solchen Kenntnissen und Absichten nicht bedingt. Es liegt überall vor, wo eine Handlung oder Unterlassung mit dem Inhalte positiven Rechtes objektiv übereinstimmt, ohne daß es notwendig wäre, daß der die Handlung oder Unterlassung Setzende sich jenes Rechtsinhaltes und der Übereinstimmung seines Verhaltens mit ihm bewußt wäre. Um den Begriff des positiven Rechtes auf diese Fälle auszudehnen, bleibt den Befolgungs- und Anerkennungstheorien nichts übrig, als eine Befolgung oder Anerkennung bei ihnen zu fingieren.[16])

Rechtszwecke sind nicht bloß durch Handlungen oder Unterlassungen der dazu zunächst Berufenen, sondern auch durch andere Personen statt seiner realisierbar. Im positiven Rechte sind Mängel der Befolgung seitens eines Rechtsgenossen vielfach durch Handlungen anderer Rechtsgenossen ersetzbar. Diese Ersetzbarkeit muß im Rechtsbegriffe berücksichtigt werden. Amalgamierungen von Handlungen einer Person mit denen einer anderen sind begrifflich nicht vollziehbar. „Vertretung“ des Willens einer Person durch den Willen einer andern ist selbst bei Zustimmung der erstern, vollends bei deren Mangel, eine Fiktion. Wenn aber dem Rechte auch solche Verhaltungsweisen, die sich nicht als Befolgungen oder Anerkennungen charakterisieren lassen, Genüge leisten, also der Begriff Rechtmäßig-

keit über jenen des Gehorsams weit hinausreicht, so kann auch der Rechtsbegriff sich nicht mit dem Begriff einer befolgten oder anerkannten Anforderung decken.

Wie immer man indes über die Versuche, die Befolgung oder Anerkennung seitens der Rechtsgenossen in den Begriff des Imperativs oder der Norm einzubeziehen, denken möge, soviel ist sicher, daß sie, um verständlich zu sein, die Art und die Ausdehnung der einzubeziehenden Verhaltungsweisen darlegen müßten. Ist die Befolgung oder Anerkennung seitens aller oder seitens der Mehrzahl der Rechtsgenossen erforderlich? Kommt die Mehrzahl der Rechtsgenossen oder die Mehrzahl der von ihnen gesetzten Handlungen und Unterlassungen in Betracht? Begründet erst die aktuelle Befolgung oder schon die Wahrscheinlichkeit derselben positives Recht? Unter welchen Umständen und in welchem Umfange beeinträchtigt ungehorsames Verhalten den Bestand des Rechtsimperativs? Normen und Imperative lassen begrifflich keine Ausnahme zu, sie erstrecken sich auf alle von ihnen Angesprochenen und auf alle einschlägigen Lebensfälle. Will eine Theorie durch die Einführung der Befolgung oder Anerkennung eine Begriffeinschränkung vornehmen, so muß sie auch sagen, in welcher Art und in welchem Umfange die Befolgungen und Anerkennungen stattfinden müssen, um den Imperativ zu einem Rechtsimperativ zu gestalten und hiefür ein allgemein giltiges Prinzip aufstellen. Von einem solchen Erklärungsprinzip ist aber in den Normen- und Imperativentheorien nirgendwo die Rede. Die Personenmehrheit unter den Rechtsgenossen kann nicht maßgebend sein, weil die einzelnen Rechtsgenossen sich unter verschiedenen Lebensbedingungen einem und demselben Imperativ gegenüber in unabsehbarem Wechsel, bald ihm entsprechend, bald nicht entsprechend, verhalten, so daß eine irgend wie greifbare oder konstante Personenmehrheit der anerkennenden

oder befolgenden Rechtsgenossen überhaupt nicht gegeben ist. Es könnten daher nur die einer Anerkennung oder einem Gehorsam entspringenden Handlungen oder Unterlassungen das Substrat abgeben. Da hiebei einerseits vereinzeltes Vorkommen nicht ausreichend, andererseits ausnahmeloses Vorkommen nicht erforderlich ist, so erübrigt den Anerkennungs- und Befolgungstheorien für die Konstruktion ihres Rechtsbegriffes nur die Annahme einer tatsächlich geltenden Regel von Anerkennungen oder Befolgungen.[17]) Ihr Rechtsbegriff erscheint dann als eine Aneinanderreihung von abstrakten Forderungen einerseits und von Regeln gehorsamen Verhaltens andererseits. Allein auch diese Kompilation leistet demjenigen noch nicht Genüge, was unter dem positiven Rechte zu begreifen ist, weil sie, wie oben bemerkt, jene Verhaltungsweisen vernachlässigt, die keine Anerkennung und keine Befolgung enthalten, gleichwohl aber rechtmäßig sind. Gerade diese Verhaltungsweisen überwiegen im sozialen Leben weitaus. Die Rechtsgenossen sind sich des abstrakten Inhaltes der Gesetze und der sonstigen Rechtsquellen bei ihrem jeweiligen Verhalten zumeist gar nicht oder doch nur in sehr schattenhafter und lückenhafter Weise bewußt, sie werden zumeist nicht durch ein Bewußtsein von gesetzlichen Rechtssätzen, sondern durch ethische, religiöse, utilitarische, gewohnheitliche, konventionelle Motive zu einem mit dem ihnen unbekannten Rechtsinhalt objektiv übereinstimmenden Verhalten bestimmt. Das Recht, dem ihre Handlungen oder Unterlassungen dann entsprechen, kann daher keine, sei es normative, sei es imperativische, Forderung, es kann nur eine objektive Regel tatsächlichen sozialen Verhaltens sein.

5. Bestimmt durch die Erwägung, daß Wollen als psychischer Akt nur Menschen eignet, daß somit die Annahme eines den Rechtsgenossen imperativischen gegenüberstehenden psychischen Wollens, mag man es Gesamtwille,

Allgemeinwille, Staatswille oder wie sonst immer nennen, eine reine Fiktion ist, wurden in neuerer Zeit mehrseitig, insbesondere in eingehender Weise von *Rudolf Stammler* und *Hans Kelsen*, Theorien entwickelt, die — im Übrigen untereinander sehr divergierend — in dem Versuche übereinstimmen, einen vom psychologischen Begriffe des Wollens verschiedenen Begriff „rechtliches Wollen“ zu konstruieren und mittelst desselben den Begriff des Rechtes vom Begriffe des psychischen Wollens loszulösen.[18]) Sie sind Beispiele der nach unserer Ansicht (Abschn. I, Z. 5 u. 6) verfehlten Behandlung eines rechtstheoretischen Problems, einesteils, bei *Stammler*, aus rechtsphilosophischen, andernteils, bei *Kelsen*, aus jurisprudentiellen Gesichtspunkten.

Stammler reiht den Begriff des Rechtes unter den Oberbegriff des Wollens ein, versteht aber unter „Wollen“, somit auch unter „rechtlichem Wollen“ keine psychische Tätigkeit, sondern einen Bewußtseinsinhalt, dasjenige, was der herrschende Sprachgebrauch als Willensinhalt, als Gedankeninhalt des Wollens, bezeichnet. Er läßt nur zwei Arten von Bewußtseinsinhalt zu: „Wahrnehmung“, die ein kausales Wirken und „Wollen“, das eine Zwecksetzung, ein Zu-bewirken, bedeute. Es wird im Abschnitte VI zu zeigen sein, daß diese Einteilung keine erschöpfende ist, indem sie das große Gebiet der Relationen, welche weder Kausalitäten noch Zwecksetzungen sind, und zu denen die Rechtsverhältnisse gehören, außer Betracht läßt. Gegenwärtig ist hervorzuheben, daß die *Stammler*sche Definition des Wollens als bloßer Bewußtseinsinhalt vom psychologischen Begriff „Wollen“ sehr verschieden ist. Dieser enthält nicht bloß ein Zweckbewußtsein, eine Zwecksetzung, sondern zugleich einen psychischen Akt des Bestrebens, den vorgestellten Zweckinhalt zu realisieren, die Zweckverfolgung; während *Stammler* schon die Zweckvorstellung ohne eine auf deren Realisierung

3*

gerichtete geistige Aktivität mit dem Titel „Wollen" ausstattet. Hierin liegt eine jener sprachlichen Eigenmächtigkeiten, die nicht bloß das Verständnis der Darstellung erschwert, sondern auch diese selbst in Unklarheiten und Widersprüche zu verwickeln geeignet ist.

Solche Gebrechen trägt die *Stammler*sche Erklärung des Rechtsbegriffes u. E. denn auch in auffälliger Weise an sich. Auf der einen Seite zieht sie aus ihrer Grundannahme, daß „rechtliches Wollen" nur Bewußtseinsinhalt sei, in logischer Folge den Schluß, daß der Rechtsbegriff nicht bloß in positivem, erfahrungsmäßig geltendem Rechte, sondern auch in Gesetzesentwürfen, in Rechtsphantasien, überhaupt in jedem beliebigen, von wem immer ausgesonnenen Projekte von rechtlichen Beziehungen unter Menschen, vorliege; denn jede derartige subjektive Vorstellung von einem möglichen Rechtsinhalte beinhaltet etwas — nach der Meinung des Vorstellenden — Zu-bewirkendes. Auf der anderen Seite aber teilt die *Stammler*sche Theorie das Wollen in ein „wirkendes" und ein bloß „wünschendes" ein und weist das rechtliche Wollen der Abteilung des wirkenden Wollens zu, wird also ihrem Grundgedanken, daß „Wollen" nur der Bewußtseinsinhalt: „Zu-bewirken" sei, untreu. Das wirkende Wollen — sagt sie — sei Wahl von Mitteln, während das wünschende Wollen einer solchen Wahl ermangle. Wahl von Mitteln zur Realisierung einer Zweckvorstellung ist nun offenbar etwas anderes als die Zweckvorstellung, sie ist die zur Zwecksetzung hinzutretende Zweckverfolgung. *Stammler* hält diese beiden Begriffe und Ausdrücke nicht scharf auseinander, gebraucht sie vielmehr oft vermischt, so als ob sie ein und dasselbe bedeuten würden. In Wahrheit ist aber „Wahl von Mitteln" eben jene im psychologischen Begriff „Wollen" mitenthaltene, in der Erklärung des Wollens als bloßer Bewußtseinsinhalt hingegen ausgeschlossene, geistige Aktivität, das Bestreben, einen

Zweckinhalt zu realisieren. Zwecksetzung ist allerdings bloß Bewußtseinsinhalt, der als solcher ein und derselbe bleibt, gleichviel ob er von jemandem und von wem er gesetzt wird. Sowie aber in den Begriff des den Rechtsgenossen übergeordneten Wollens das Merkmal eines Wirkens, einbezogen wird, ist es nicht mehr bloß Bewußtseinsinhalt, sondern ein die reale Welt, nämlich das tatsächliche Verhalten der Rechtsgenossen irgendwie beeinflussender realer Vorgang, der einerseits ohne ein Willenssubjekt, von dem er ausgeht, andererseits ohne Willenssubjekte, die von ihm beeinflußt werden, unvorstellbar ist.

Welcher Art ist nun diese Beeinflussung der Rechtsgenossen? Wie wirkt und was bewirkt das wirkende rechtliche Wollen? Es soll ein den Rechtsgenossen „übergeordnetes", diese sollen ihm „unterstellt" sein, und seine Wirksamkeit wird als ein „Verbinden" der Rechtsgenossen bezeichnet. Beide Bezeichnungen, sowohl jene der „Überordnung und Unterstellung" als jene des „Verbindens" sind mehrdeutig. Überordnung und Unterstellung kann ein logisches Verhältnis zwischen einer allgemeinen zu einer in ihre Sphäre fallenden besonderen Vorstellung, sodann das ethische Verhältnis zwischen einer Vernunftforderung und einem empirischen Bewußtsein, ferner ein Verhältnis psychischer Macht, wonach ein Willenssubjekt durch seine Willensäußerungen in einem anderen Motive zu erregen vermag, endlich das Verhältnis zwischen einem mit einer physischen Macht Begabten zu dem dieser Unterliegenden bedeuten. Ebenso mehrdeutig ist das Wort „Verbinden". Es kann den Sinn der Herstellung von Beziehungen zwischen dem übergeordneten Wollen zu den ihm Unterstellten und den Sinn einer Herstellung von Beziehungen zwischen den Unterstellten untereinander haben, es kann im normativen Sinne als Begründung ethischer Pflichten und im Sinne einer tatsächlichen Willens- oder Machtbeschränkung verstanden

werden. In keiner dieser Richtungen befleißigt sich die Darstellung bei *Stammler* eines einheitlichen, konsequenten, jeden Zweifel ausschließenden Wortgebrauches. Am wenigsten wird eine Klarstellung der Worte „Verbinden" und „Verbindung" dadurch erzielt, daß die Wirksamkeit des rechtlichen Wollens auch „äußere Regelung" des sozialen Lebens genannt wird, weil dieses Wort ebenso mehrdeutig ist wie das Wort „Verbindung". *Stammler* erklärt die „äußere Regelung" bald als imperativische Forderung, bald als „Zwangsversuch zum Richtigen"; jenes, wenn es ihm darum zu tun ist, den Rechtsbegriff als Bewußtseinsinhalt, als bloße Zwecksetzung, dieses, wenn es ihm darum zu tun ist, den Rechtsbegriff als wirkendes Wollen, als Zweckverfolgung, zu behandeln.[19])

Ähnliche Zweifel erregt das „Verbundensein" der Rechtsgenossen untereinander, sofern es das Resultat eines vom übergeordneten rechtlichen Wollen ausgehenden aktiven Verbindens sein soll. *Stammler* definiert es dahin, daß jeder einzelne die anderen „als Mittel für seine Zwecke nehme", ein Ausdruck, der auch auf Seite der Rechtsgenossen ein nicht bloß wünschendes, sondern wirkendes Wollen bedeutet, da *Stammler* das Wollen der Rechtsgenossen als ein „Nachgeben" als ein „Sich fügen" unter das übergeordnete rechtliche Wollen bezeichnet. Die wechselseitige Wahl zum Mittel kann daher nur ein Wollen der einzelnen Rechtsgenossen, darauf gerichtet, daß alle anderen sich dem übergeordneten Wollen gemäß verhalten, bedeuten und muß, als wirkendes, eine Wirkung, einen tatsächlichen Effekt mit sich führen.

Allein auch hier gilt die oben bezüglich der Anerkennungs- und Befolgungstheorien gemachte Bemerkung, daß für den Rechtsbegriff einerseits vereinzeltes Vorkommen solcher Willensbestrebungen oder Verhaltungsweisen der Rechtsgenossen nicht genügt, andererseits ausnahmeloses Vorkommen nicht erforderlich ist. Ein wechselseitiges Verbunden-

sein der Rechtsgenossen, wie immer man es charakterisieren möge, ist e r s t dann, aber auch s c h o n dann gegeben, wenn ihre auf soziale Zwecke gerichteten Verhaltungsweisen einer tatsächlich geltenden R e g e l unterliegen. Es drängt sich wiederum die Frage auf, ob derartige Regeln des Verhaltens der Rechtsgenossen mit der Vorstellung von einem den Rechtsgenossen übergeordneten Wollen, mag nun die Überordnung im logischem, im ethischen Sinne, im Sinne psychischer Beeinflussung, oder physischer Gewalt verstanden werden, in einen einheitlichen Begriff „Recht“ synthetisch verschmelzbar seien, ob nicht vielmehr jene Regeln für sich allein ausreichen, um zu einem klaren Begriffe vom positiven Rechte zu gelangen.

Dies wird in den nachfolgenden Abschn. IV—VIII zu erörtern sein. Schon hier kann jedoch festgestellt werden, daß auch die *Stammler*sche Lehre, ebenso wie die Anerkennungs- und Befolgungstheorien, mit Notwendigkeit dazu führt, in den Rechtsbegriff das Merkmal eines regelmäßigen sozialen Wollens und Verhaltens der Rechtsgenossen einzubeziehen.

6. Während *Stammler* zu seinem Begriffe von einem den Rechtsgenossen übergeordneten „rechtlichen“ Wollen auf philosophischem Wege durch eigenartige Fassung des Oberbegriffes „Wollen“ gelangen will, haftet die von *Hans Kelsen* aufgestellte Zurechnungstheorie an der — wie im ersten Abschnitte gezeigt wurde — rein praktischen und durch dogmatische Vorurteile getrübten jurisprudenziellen Gedankensphäre. In dieser befangen stellt sie die Bedeutung und Wirksamkeit der von gesetzgeberischen Persönlichkeiten an die Mitglieder einer historisch gegebenen einzelnen Rechtsgesellschaft gerichteten Gesetzesimperative der Bedeutung und Wirksamkeit ethischer für alle Menschen giltigen Vernunftforderungen gleich. Der Satz, daß das „Sollen“ eine dem menschlichen Bewußtsein unmittelbar und ursprünglich inne-

wohnende, daher einer Begründung weder zugängliche noch bedürftige Kategorie sei, gilt jedoch, wie oben (Z. 1) ausgeführt wurde, nur vom Sollen im ethischen Sinne des Wortes, nicht auch von Forderungen, die von einer äußeren, durch Zeit und Raum bestimmten und vergänglichen Quelle an die einem individuellen Menschenkreise Angehörenden gerichtet und von dieser Angehörigkeit bedingt sind. Was *Kelsen*, und viele andere mit ihm, zu jener verfehlten Gleichstellung verleitet, ist die Vermengung der Vernunftnorm: „Verhalte dich dem positiven Rechte gemäß“ mit dem Gesetzesimperativ: „Verhalte dich folgenden Rechtssätzen gemäß“. Die Vernunftnorm bedarf allerdings keiner Zurückführung auf ein gebietendes, allen vernunftbegabten Menschen gegenüberstehendes Willenssubjekt. Wer hingegen das positive Recht selbst als heteronome Forderung erklären will, darf der Aufgabe nicht aus dem Wege gehen, seine Erklärung durch die Nachweisung eines gerade nur den jeweiligen Rechtsgenossen fordernd gegenüberstehenden Willenssubjektes zu ergänzen.

Kelsen sucht dieser Aufgabe dadurch nachzukommen, daß er einen der Ethik und dem positiven Rechte gemeinschaftlichen, vom psychologischen Begriffe verschiedenen Willensbegriff, den er „ethisch-juristisch“ nennt, zu konstruieren unternimmt. Bereits bei der Besprechung der *Stammler*schen Lehre wurde darauf hingewiesen, daß es für einen wissenschaftlichen Gedankengang äußerst mißlich, weil in hohem Maße irreführend ist, sich des Ausdruckes „Wollen“ in zweifachem Sinne, und dabei in einem von der Psychologie, wo er einen Grundbegriff bildet, verschiedenen Sinne, zu bedienen. Die Wortkompilation „ethisch-juristisch“ vermehrt die Unklarheit, weil „ethisch“ etwas für alle Menschen Giltiges, Vernunftnotwendiges, „juristisch“ im Sinne *Kelsens* hingegen etwas von gesetzgeberischer Willkür Bedingtes, nur für deren Gebiet Giltiges bezeichnet.

Das „ethisch-juristische" Wollen soll in „Zurechnungen" bestehen. Zurechnungen können entweder zur natürlichen Kausalität oder zur ethischen Verantwortlichkeit stattfinden. Man kann jemandem in kausaler Betrachtungsweise die Urheberschaft eines Ereignisses und man kann ihm, hievon getrennt, sodann seine kausale Wirksamkeit zur Schuld oder zum Verdienste zurechnen. Mag aber die Zurechnung zur Kausalität oder zur ethischen Verantwortlichkeit stattfinden, immer bleibt sie ein subjektives Denkurteil des Zurechnenden, das wahr oder unwahr, richtig oder unrichtig sein kann, und die Frage, ob in Wahrheit eine kausale Wirksamkeit, bzw. ein Verdienst oder ein Verschulden obwalte, völlig unberührt läßt. Um das Denkurteil der Zurechnung zur Erkenntnis zu stempeln, muß es eine objektive Grundlage haben, d. h. im Falle es eine Kausalität zum Gegenstande hat, verstandesnotwendig, im Falle es eine ethische Verantwortlichkeit zum Gegenstande hat, vernunftnotwendig sein. Die „juristischen Zurechnungen" involvieren keine dieser Notwendigkeiten. Wenn Rechtsgesetze und ihnen folgend eine Jurisprudenz dem Hauseigentümer in Ansehung des durch eine ohne sein Zutun herabgefallene Sache hervorgerufenen Schadens eine Kausalität oder eine juristische Verantwortlichkeit, oder jemandem, der keinen Vertragswillen hat, die in einer Vertragsurkunde zum Ausdruck gebrachten Zusagen, oder einem Rechtsunkundigen die Folgen einer objektiv rechtswidrigen Handlung zurechnen, so stellen sie bei allen diesen und bei all den zahllosen ähnlichen Zurechnungen keine kausalen und keine ethischen Relationen her. Sie ordnen bloß an, daß diese Fälle so zu behandeln seien, als ob eine Kausalität oder ein Verschulden, an deren Obwalten nach einer in ihrem Gebiete geltenden Rechtsregel Rechtsfolgen geknüpft sind, in Wahrheit vorliegen würden. Sie bedienen sich also einer Fiktion; nicht diese aber, sondern die

Erwägung, daß die Vertretung des Erfolges in solchen Fällen, trotz mangelnder Kausalität und mangelnden Verschuldens, generell betrachtet im sozialen Interesse liegt, bildet ihr unausgesprochenes, durch die Fiktion verdecktes Motiv.

Die Annahme, daß durch Gebete oder religiöse Opfer ein glücklicher Erfolg herbeigeführt werde, involviert eine Zurechnung; und wenn die Verrichtung von Gebeten und Opfern durch ein Rechtsgesetz zu einer Rechtsregel erhoben wird, so beruht dies auf einer „juristischen Zurechnung". Jeder Rechtsgenosse ist zur Einhaltung einer solchen Rechtsregel sowohl gebunden als verpflichtet. Unbeschadet dessen wird die allgemeine Rechtslehre die derselben zugrunde liegende Zurechnung als eine — gleichviel ob den Gesetzgebern bewußte oder unbewußte — Fiktion erkennen und die rechtlichen Verbindlichkeiten und Pflichten nicht auf sie, sondern auf den Bestand der Rechtsregel zurückführen.

Verdoppelt wird der Fehler, welcher in der Verwendung des Zurechnungsbegriffes behufs Gewinnung von allgemeingiltigen Rechtsbegriffen liegt, wenn nicht bloß der in einer Zurechnung angenommene kausale oder ethische Zusammenhang, sondern auch ihr End- oder Zielpunkt fiktiv ist. Jahrhunderte hindurch wurde alles Böse in der Welt, also auch manches Unrecht einem „Teufel" zugerechnet. Würde eine Gesetzgebung oder Jurisprudenz diese Supposition angenommen, den „Teufel" also als Ziel- und Endpunkt einer Zurechnung deklariert und „Teufelaustreibungen" anbefohlen haben, so hätten solche Bestimmungen wohl einen Bestandteil des Gesetzes und seiner Jurisprudenz gebildet, ein „Teufel" selbst oder „Teufelaustreibungen" aber wären dadurch keine Erkenntnisobjekte geworden. Die Rechtsordnung hätte nicht die Macht gehabt, einen „Teufel" zu einer Person und den Unsinn einer „Teufelaustreibung" zu einer Rechtsinstitution zu machen.

Ganz dasselbe gilt von den „juristischen Personen", sofern sie als von einer Gesetzgebung oder Jurisprudenz geschaffene Persönlichkeiten angesehen werden (Abschn. III, Z. 3 und VI, Z. 11). Aufs Deutlichste zeigt sich dies in dem Gedankenzirkel, dessen sich die Konstruktion des Staatsbegriffes mittelst der Annahme einer staatlichen Persönlichkeit schuldig macht. Auf der einen Seite definiert sie den Staat als Resultat gesetzlicher Zurechnungen, als deren End- und Zielpunkt. Auf der andern Seite aber rechnet sie diesem imaginären End- und Zielpunkte gesetzlicher Zurechnungen wieder die Schöpfung der Gesetze, und nicht bloß diese, sondern auch deren Anwendungen, die realen Vorgänge der Rechtssprechung, der Verwaltung, der Bestrafung, der Zwangsvollstreckung usw. zu. Der Staat wird also als Zurechnungsprodukt der Gesetze und die Gesetze werden als Zurechnungsprodukte des Staates hingestellt. Wie wir uns überhaupt Zurechnungen ohne ein Subjekt, das sie vornimmt, und den End- und Zielpunkt von Zurechnungen ohne ein reales Wesen als seinen Träger vorstellen sollen, bleibt ein Mysterium; und jede mittelst jurisprudentiellen Denkens vorgenommene „Konstruktion", die behufs Ermöglichung einer in formal logischem Sinne korrekten Deduktion ein Mysterium, ein Wort statt eines realen Begriffes, aufstellt, bedeutet einen Verzicht auf dessen Erkenntnis, ein selbstgewähltes refugium ignorantiae, d. i. eine Fiktion.

7. Die Unvereinbarkeit des Normen- und Imperativenprinzips mit einer allgemeinen Rechtslehre hat zur Folge, daß diese von den Normen- und Imperativentheorien, trotzdem auch sie vielfach mit Fragen, welche das Wesen der Rechtsverhältnisse betreffen, sich zu befassen bemüßigt sind, fast durchwegs abgelehnt wird. Sie weisen die Bildung allgemein giltiger Rechtsbegriffe der Rechtsphilosophie zu, der die Rechtswissenschaft sie zu entlehnen habe, ergehen sich daher bei der Behandlung theoretischer, in Ansehung aller

Rechtsordnungen gleichmäßig bestehender, Probleme in aprioristisch-philosophischen Gedankengängen. Eine Rechtswissenschaft als Erfahrungswissenschaft ist nach ihrer Meinung nur die Jurisprudenz, die Erforschung des Gedankeninhaltes der in einem bestimmten Gebiete gerade vorkommenden Rechtsgesetze und Rechtsgewohnheiten und die Ausfüllung allfälliger Lücken dieser Rechtsquellen. Unter allgemeiner Rechtslehre verstehen sie bloß eine die Gedankeninhalte mehrerer positiven Rechte, und damit zugleich deren Jurisprudenzen untereinander vergleichende Doktrin, nicht eine ihre Begriffe und Denkurteile unmittelbar aus der Betrachtung des gesellschaftlichen Lebens schöpfende Wissenschaft. Die Frage, ob es überhaupt eine Rechtswissenschaft im echten Sinne des Wortes „Wissenschaft" gebe, ist ihnen identisch mit der Frage, ob die Jurisprudenz eine echte Wissenschaft sei, welche sie insoferne bejahen, als sie auch praktische in ein logisches System gebrachte Lehren „Wissenschaft" nennen.

Den besten Beweis für die Möglichkeit einer von solchen Irrgängen freien allgemeinen Rechtslehre liefert deren wirkliche Ausführung. Ihre in den folgenden Abschnitten IV bis VIII zu erörternden Grundlagen können ausschließlich in der Erfahrung, in unmittelbaren Anschauungen vom gesellschaftlichen Leben der Menschen, gesucht und gefunden werden. Hiedurch bilden sie den schärfsten Gegensatz zu den massenhaften Fiktionen, welche die Normen- und Imperativentheorien — um eine logische Ordnung und Systematik zu erzielen — aus der Jurisprudenz herübernehmen. In der Jurisprudenz eignen sich die Fiktionen dazu, die Aufnahme der Gesetzesinhalte in das Bewußtsein der Rechtsgenossen und dadurch die Rechtsgeltung zu fördern. Die allgemeine Lehre vom Rechte will und soll jedoch nicht, wie die Jurisprudenz, überreden, sondern überzeugen. Man bezeichnet zuweilen und begründeterweise die Jurisprudenz

als eine „Hochburg von Fiktionen". Muß und darf auch die allgemeine Rechtslehre dieser bedenklichen Auszeichnung teilhaftig werden? Über juristische Fiktionen ist in alter und neuer Zeit viel und vielerlei geschrieben worden, ohne daß hiebei die Distinktion zwischen ihrer Zulässigkeit und Verwendbarkeit in praktischen Lehren einerseits und in wissenschaftlich-theoretischen Lehren andererseits mit gebührender Schärfe getroffen worden wäre. An der Hand dieser Unterscheidung soll zunächst die Bedeutung der juristischen Fiktionen, ihr praktischer Wert und ihr erkenntnis-theoretischer Unwert, des Näheren dargelegt werden.

III. Abschnitt.

Über juristische Fiktionen.

1. In seinem, dem Wesen der Fiktionen gewidmeten Werke: „Die Philosophie des Alsob" bemerkt *Vaihinger*: „In Bezug auf das Wort Fiktion herrscht ein wirrer und zuchtloser Sprachgebrauch. Selbst Logiker gebrauchen es in verschiedenen Bedeutungen, ohne sich der Mühe zu unterziehen, das Wort zu definieren und seine verschiedenen Bedeutungen zu scheiden." Seine Begriffsbestimmungen scheinen jedoch, wenigstens für den Bereich der Erfahrungswissenschaften, eher geeignet, die Verwirrung zu vermehren, als sie zu beseitigen. Während sie auf der einen Seite „Fiktion" in einen ausschließenden Gegensatz zu einer „Wirklichkeit" stellen, diese also anerkennen, bezeichnen sie auf der anderen Seite alle den Gegenstand menschlicher Vorstellungen bildenden Dinge nebst ihren Eigenschaften und Wirksamkeiten, ihre Relationen und Gesetzlichkeiten, die räumlichen und zeitlichen Anschauungen, die Größen und Zahlen, schließlich auch die Hypothese eines „Dinges an sich", d. h. irgend welcher der menschlichen Er-

fahrung zugrunde liegenden, ihr aber unzugänglichen Wesenheiten, als Fiktionen. Hierin liegt ein sonderbarer Widerspruch. Wenn sowohl unsere ganze Vorstellungswelt als die Annahme einer jenseits derselben liegenden Welt fiktiv sind, so bleibt nichts übrig, was die Erfahrungswissenschaften der Fiktion als „Wirklichkeit", der Phantasie als Erkenntnis, gegenüber stellen könnten. Die „Philosophie des Alsob" findet das Wesen der Fiktion in einer „Vergleichung", der ein der Wirklichkeit entbehrendes Gedankengebilde mit der Wirklichkeit unterzogen wird. Aber sie selbst hebt die Möglichkeit derartiger Vergleichung auf, indem sie, Alles für fiktiv erklärend, das Vergleichsobjekt „Wirklichkeit" beseitigt.[20])

Vaihinger stellt ein Grundprinzip auf: „Wahrheit ist nur der zweckmäßigste Grad des Irrtums, Irrtum ist der unzweckmäßigste Grad der Vorstellung, der Fiktion". Dieser Satz ähnelt der Behauptung des Kretensers: „Kretenser sprechen niemals die Wahrheit"; wie diese beansprucht der *Vaihinger*sche Satz selbst den Rang der von ihm geleugneten Wahrheit. Überdies ist er insoferne widerspruchsvoll, als er die Begriffe Zweckmäßigkeit und Unzweckmäßigkeit, welche die Vorstellung eines in der Wirklichkeit möglichen Erfolges und in der Wirklichkeit möglicher Mittel in sich schließen, aufnimmt. Hätte er keine wirkliche, sondern irrtümlich angenommene Zweckmäßigkeit im Auge, so wäre er sinnlos. Die behauptete Zweckmäßigkeit muß sich daher auf Gegenstände und auf Verhältnisse zwischen Gegenständen beziehen, die nicht bloße subjektive Einbildungen oder Fiktionen sind, sondern in unserem Bewußtsein notwendig als außerhalb des vorstellenden Subjektes liegende Objekte gegeben sind.

Der Widerspruch wird dadurch nicht beseitigt, daß *Vaihinger* alle menschlichen Vorstellungen ausschließlich unter dem Gesichtspunkte ihrer praktischen Verwendung

betrachtet haben will, als „Instrumente", dazu dienend, daß wir, die Vorstellenden, uns in der „Wirklichkeit" zurechtfinden oder orientieren. Das Denken, sagt er, sei nicht „Selbstzweck", es „dient einem Andern und alle seine einzelnen Verrichtungen sind unter dem Gesichtspunkte mechanischer Denkmittel zu betrachten". Allein die Eignung eines Gegenstandes, einem praktischen Zwecke als Mittel zu dienen, setzt voraus, daß sowohl er als der zu realisierende Erfolg als ein Seiendes vorgestellt werden. Instrumente, so auch die als „Denkmaschinen" angesehenen Vorstellungen, können nur angewendet werden, wenn sie vorerst als etwas von ihrer praktischen Verwendbarkeit unabhängig Bestehendes vorhanden sind. Um uns der Wirklichkeit anzupassen, müssen wir vorerst diese Wirklichkeit und Anpassungsmittel gegenwärtig haben. Wie sollten wir uns in der Wirklichkeit zurechtfinden, wenn wir sie nicht auffinden können? Und wenn wir sie nicht aufzufinden vermögen, so ist die Behauptung, daß unsere Vorstellungswelt mit jener unfaßbaren „Wirklichkeit" oder — wie *Vaihinger* zuweilen sagt — „wahren Wirklichkeit" im Ergebnisse zusammentreffe, nicht bloß willkürlich und unerweislich, sondern zugleich unverständlich.[21])

Die einzige Unterscheidung, welche *Vaihinger* zwischen Erkenntnis und Fiktion trifft, soll darin liegen, daß Erkenntnis auf „Kunstregeln" des Denkens, auf „regulären", „natürlichen" oder „gewöhnlichen" Denkprozessen beruht, während die Fiktionen in „irregulären" Denkprozessen oder „Kunstgriffen" bestehen. Die „reguläre" Methode des Denkens soll „direkt auf die Wirklichkeit abspielen", die „irreguläre" hingegen soll die Wirklichkeit auf Umwegen erreichen. Diese Unterschiede würden bestenfalls die Denkmethoden, nicht aber die Gedankeninhalte betreffen. Man darf, wie *Vaihinger* selbst gelegentlich betont, die Prozesse des Denkens und Fingierens nicht

mit ihren Produkten, das Denken nicht mit den Gedanken, das Fingieren nicht mit der Fiktion verwechseln. Die Vorstellungsinhalte bleiben gleich, ob sie nun auf regulärem oder irregulärem, auf direktem oder indirektem Wege gewonnen seien. Hievon aber auch abgesehen, sind die Antithesen „regulär und irregulär", „direkt und indirekt" „auf die Wirklichkeit abspielend", oder sie „umgehend", „natürlich oder nicht natürlich", „gewöhnlich oder nicht gewöhnlich", selbst nur fiktiv im Sinne der „Philosophie des Alsob", und zugleich viel zu vieldeutige Ausdrücke, um als wissenschaftliche Kriterien verwendet werden zu können.

Unhaltbar ist ferner u. E. die von *Vaihinger* vorgenommene Einteilung der Fiktionen (im engeren Sinne des Wortes als Kunstgriffe des Denkens) in „echte", welche einen inneren logischen Widerspruch enthalten, und in „unechte" (auch „Halb- oder Semifiktionen" genannt), welche, ohne in sich selbst einen Widerspruch zu bergen, der „Wirklichkeit widersprechen.[22]) Das erste Glied dieser Einteilung, die sogenannte „echte Fiktion" ist unhaltbar, weil sich selbst Widersprechendes überhaupt nicht vorgestellt werden, keinen Denkinhalt, also auch keinen Inhalt fiktiven Denkens bilden kann.[23]) Eine Rede, die Widersprechendes vorbringt, ist eine Anhäufung bedeutungsloser Worte, nicht einmal dem unverständlichen Lallen eines Kindes oder tierischen Lauten, sondern etwa dem Plätschern eines Gewässers, dem Pfeifen eines Windes, gleichzuschätzen. Wenn *Vaihinger* die Annahme von Atomen, als Grundelementen alles Körperlichen, widerspruchsvoll nennt, weil Körperliches nicht unteilbar sein könne, so liegt hierin eine Verwechslung des real Unmöglichen, d. i. durch Existenzial- oder Geltungsurteile Ausgeschlossenen mit dem logisch Unmöglichen, durch widersprechende Denkurteile Ausgeschlossenen. Raumausfüllung und Teilbarkeit

mengung dessen, was jede Erfahrungswissenschaft, mit dem, was die Transzendentalphilosophie „w a h r" nennt, dürfte das Grundgebrechen der „Philosophie des Alsob" sein. Da auch in rechtswissenschaftlichen Werken die philosophische und die erfahrungswissenschaftliche Betrachtungsweise bei der Beurteilung des Wesens und der Bedeutung der Rechtsfiktionen vermengt zu werden pflegen, scheint es in erster Reihe nötig hervorzuheben, daß die allgemeine Rechtslehre, wie überall, so auch bei der Bestimmung des Begriffes „Fiktion", sich nicht in metaphysische Probleme verlieren darf, daß sie, vom gemeinsamen Standpunkte aller Erfahrungswissenschaften, der auch der ihrige ist, ausgehend, sich vor allem darüber klar zu werden hat, was i m S i n n e d e r E r f a h r u n g s w i s s e n s c h a f t „Wirklichkeit" bedeutet.

Alles, was wir wissen, ist in unserem Geiste gegeben, und es mangelt, wie uns die *Kant*sche Kritik der reinen Vernunft gezeigt hat, f ü r d i e P h i l o s o p h i e jede Gewähr dafür, daß außerhalb des menschlichen Geistes eine unserem Vorstellungssystem gleichartige Welt existiert. Aber die *Kant*sche Kritik hat zugleich davor gewarnt, dieses Ergebnis einer t r a n s z e n d e n t a l e n Betrachtungsweise zu einem P r i n z i p e d e r E r f a h r u n g s w i s s e n s c h a f t e n zu machen. Mit größtem Nachdruck hat sie den Gegensatz von E r s c h e i n u n g u n d S c h e i n, auf welchem alles menschliche Können und Wissen beruht, hervorgehoben. Der Subjektivismus, zu dem *Kant* gelangt, ist ein S u b j e k t i v i s m u s d e s m e n s c h l i c h e n G e i s t e s ü b e r h a u p t, er bedeutet, daß menschliches Denken, auch im Stande seiner höchsten Entwicklung, immer nur nach seinen eigenen Regeln, nach Maßgabe seines eigenen Vermögens, Bejahungen oder Verneinungen aufstellt. Dieser a l l g e m e i n m e n s c h l i c h e S u b j e k t i v i s m u s d a r f a b e r n i c h t d e m i n d i v i d u e l l e n S u b j e k t i v i s m u s einzelner Menschen gleichgehalten werden. Bei solcher Gleichhaltung gerät man

sind zwar nach Erfahrungsgesetzen miteinander notwendig verbunden, aber nicht logisch identische Vorstellungen. In sich widersprechend, also durch Denkgesetze ausgeschlossen, wäre nur der Satz : Teilbares ist unteilbar, ein sinnloses Reden, mit dem weder Theorie noch Praxis etwas anzufangen vermöchten. Gleiches gilt von dem zweiten Paradigma „echter Fiktion", das *Vaihinger* in der mathematischen Formel $\sqrt{-2}$ findet. Es gibt allerdings keine Zahl, die mit sich selbst multipliziert -2 ergeben würde, aber diese Unmöglichkeit ist wiederum eine reale, keine logische, enthält also keinen Widerspruch. Ein Widerspruch träte erst dann ein, wenn der Begriff der mathematischen Formel mit jenem der Zahl identifiziert werden würde.

Nach Wegfall der sogenannten „echten" Fiktionen erübrigen bloß jene Fiktionen, die *Vaihinger* als „unecht" bezeichnet. Er definiert sie als Gedankengebilde, die „der Wirklichkeit widersprechen". Korrekter ausgedrückt müßte statt „widersprechen" gesagt sein : „Widerstreiten". Denn Widersprüche können nur zwischen zwei Gedankeninhalten obwalten. Der Gegensatz, in welchem ein Gedankeninhalt zur Wirklichkeit steht, die Irrealität, hat einen ganz anderen Charakter, der nicht der Logik, sondern der Erkenntnislehre angehört. Die Definition der Fiktion als eines in der Wirklichkeit nicht realisierten oder nicht realisierbaren Gedankeninhaltes ist denn auch die übliche. Sie ist jedoch insolange unvollständig, als sie nicht durch eine Erklärung dessen, was sie unter „Wirklichkeit" versteht, ergänzt wird. „Nicht wirklich" ist eine Negation, die erst durch Entgegensetzung einer positiven Vorstellung : „Wirklich" einen Sinn erlangt.

2. Die Frage: „Was ist wirklich? wird sowohl von den Erfahrungswissenschaften als von der Transzendentalphilosophie gestellt. Sie und ihre Beantwortung haben jedoch in jenen einen anderen Sinn als in dieser. Die Ver-

unvermeidlich in jenen, von *Kant* abgelehnten Skeptizismus, der allen Unterschied zwischen Erscheinung und Schein, Erfahrung und Einbildung, aufhebt.

Der menschliche Geist ist sich einer zweifachen Art seines Denkens unmittelbar bewußt : Es ist der Gegensatz des formal-logischen Denkens in Begriffen und Urteilen und des erkennenden Denkens, welches den Begriffen und Urteilen, ohne ihren Inhalt zu erweitern, ein weiteres Moment, nämlich reale Notwendigkeit, hinzufügt. Alles Urteilen ist eine Verbindung von Vorstellungen durch ein „ist" oder ein gleichbedeutendes Verbindungsglied. Das „ist" hat aber eine doppelte Bedeutung : einmal die Bedeutung einer rein formalen Verbindung („copula") willkürlich gewählter logischer Subjekte mit irgend welchen logischen Prädikaten im logischen Urteile, sodann die Bedeutung eines notwendigen Vorhandenseins der logischen Subjekte und Prädikate. Dort begründet es ein bloß formales Denkurteil, hier ein Erkenntnisurteil, das, individuell oder generell, die Existenz von Dingen oder die Geltung von Relationen aussagt. Auch die Erkenntnisurteile gehören dem Geiste an und sind insoferne subjektiv. Allein ihre Subjektivität ist eine für alle Menschen gleichmäßig giltige, die in ihnen enthaltenen Vorstellungen sind dem menschlichen Verstande mit Notwendigkeit gegeben. Die Subjektivität der formallogischen Begriffe und Urteile hingegen ist eine individuelle, die in ihnen verknüpften Vorstellungen haften nur dem Beurteiler, und auch diesem nur zeitweilig, an, sind also zufällige und willkürliche Gebilde.[24])

Die Gesamtheit aller Erkenntnisse ist die Erfahrung. Ihre Allgemeingiltigkeit ermöglicht ihre Systemisierung in Erfahrungswissenschaften, während willkürlich gebildete Begriffe und Urteile vermöge ihrer Zufälligkeit und Wandelbarkeit jede wissenschaftliche Behandlung ausschließen. Die

Notwendigkeit, mit der sich alle Erfahrungserkenntnisse dem menschlichen Geiste aufdrängen, läßt sie, als ihm gegenüberstehende Objekte, als Dinge mit ihren Eigenschaften, Tätigkeiten und Relationen erscheinen. Dieses notwendige Erscheinen im Geiste heißt „Dasein", „Realität", „Wirklichkeit". Auch eine streng subjektivistische oder idealistische Philosophie kann, — soweit sie sich mit der Erfahrung befaßt — die Scheidung des Denkens in ein erkennendes und in ein rein-formales nicht unterlassen, weil beide Denkweisen im menschlichen Bewußtsein unmittelbar enthalten sind. Jeder Versuch, das erkennende Denken abzuleugnen, kommt einer Selbstverleugnung des menschlichen Geistes rücksichtlich einer ihm immanenten Funktion gleich. Wollten die Erfahrungswissenschaften ihm Raum geben, so würden sie sich selbst widersprechen und aufgeben.

Auch die willkürlich gebildeten logischen Begriffe und Urteile sind in letzter Reihe auf Erkenntnisse, welche der Denkende entweder durch eigene unmittelbare Wahrnehmungen oder durch ihm von Anderen zugegangene Mitteilungen gewonnen hat, zurückzuführen. Sie kommen dadurch zustande, daß ihr Autor einzelne Bruchstücke oder Elemente früherer Erfahrungen, aus ihrem erfahrungsmäßigen Zusammenhange losgelöst, in der Erinnerung reproduziert und mit anderen, in gleicher Weise aus Erfahrungen abstrahierten, Elementen zu einem subjektiven Gedankenbilde verbindet. In diesem geistigen Verfahren, in der willkürlichen Zusammensetzung von Bruchstücken der Erfahrung ohne ein diese Zusammensetzung begleitendes Existenzial- oder Geltungsurteil, besteht die Phantasie. Da ihren Werken ein Erkenntniswert mangelt, so kann ihnen, wenn überhaupt einer, bloß ein ästhetischer Wert oder ein praktischer Wert zukommen. Insoferne sie das ästhetische Gefühl befriedigen, haben sie den Wert von Kunstwerken, insoferne sie eine praktische Wirksamkeit haben,

besitzen sie einen Zweckmäßigkeitswert. Will man somit den Begriff „Fiktion“ einesteils von wertlosen Kombinationen irgend welcher aus ihrem natürlichen Zusammenhange gerissener Erfahrungselemente, andernteils von Kunstwerken unterscheiden, so muß man Fiktion als Phantasiebild definieren, das praktische Bedeutung hat, d. h. geeignet ist, Motive für Handlungen und Unterlassungen abzugeben, indem es ein gleiches Verhalten fordert, wie es stattfände, wenn sein Inhalt der Wirklichkeit angehören würde. Eine theoretische Gleichstellung mit Erkenntnissen können Fiktionen nicht beanspruchen, weil es in sich widersprechend ist, einen Gedankeninhalt zugleich als in Wirklichkeit gegeben und nicht gegeben zu setzen. Das Verlangen, zwei einander widersprechende Vorstellungen zu identifizieren, wäre sinnlos und unerfüllbar. Dagegen unterliegt die Forderung, daß ein Motiv, welches erfahrungsgemäß an ein bestimmtes reales Vorkommnis geknüpft ist, in gleicher Weise auch bei Eintritt eines anderen realen Vorkommnisses platzgreife, daß daher in dieser praktischen Hinsicht beide Vorkommnisse als gleichwertig behandelt werden, weder einer logischen noch einer realen Schwierigkeit. Diese praktische Anforderung kann der sie Aufstellende ebensowohl an sich selbst als an Andere richten. Sie nimmt im ersten Falle den Charakter eines Vorsatzes, im zweiten Falle den Charakter eines Befehles, Wunsches, Rates oder einer Bitte an.

Der Sinn des „Alsob“ in der Fiktion ist daher nicht, wie gewöhnlich (auch von *Vaihinger*) gesagt wird, der einer „Vergleichung“ eines Tatbestandes mit einer anderen, sondern der eines Postulates, dahin gehend, sich beim Vorliegen eines bestimmten Tatbestandes so zu verhalten, wie wenn ein anderer, ihm ungleicher, Tatbestand vorläge, wobei es keinen Unterschied macht, ob der die Fiktion Aufstellende oder sie Annehmende sich der Ungleichheit der

beiden Tatbestände bewußt ist oder nicht. Es ist unrichtig, nur jene Vorstellungen Fiktionen zu nennen, welche von dem sie Denkenden in Bewußtsein von ihrer Irrealität gebildet werden. Daß ein irrealer Gedankeninhalt irrtümlich für wahr gehalten wird, ändert nichts an seiner objektiven Unwirklichkeit oder Fiktivität.

3. Auch die sogenannten „wissenschaftlichen Fiktionen, d. i. Fiktionen, welche in einem wissenschaftlichen Betriebe gemacht werden, dienen bloß praktischen Zwecken. Wissenschaften sind Systeme von Erkenntnissen. Praktische Zwecke treten bei ihnen nur äußerlich, insoferne als sie Gegenstand eines Unterrichtes, einer didaktischen Darstellung, sind, hinzu. Demgemäß dürfen fiktive Annahmen in wissenschaftlichen Darstellungen bloß dann Raum finden, wenn sie didaktische Mittel abgeben, um den Gedankenstoff auch dort, wo ein realer Zusammenhang der betrachteten Erscheinungen noch nicht eingesehen wird, in einen formal-logischen systematischen Zusammenhang zu bringen. Der jeweils vorhandene Komplex menschlicher Erkenntnisse weist Lücken auf, die während eines gegebenen Stadiums geistiger Entwicklung unausfüllbar sind. Um dessen ungeachtet in der Darstellung einen ununterbrochenen formalen Denkprozeß zu ermöglichen, wird die Kluft vorläufig durch eine der Realität entbehrende Vorstellung verdeckt. „Krumme Linie“ und „gerade Linie“ sind in der Realität durchaus getrennte Vorstellungsinhalte. Sie theoretisch für gleichartig zu halten, oder zu erklären, wäre absurd. Nicht absurd aber ist es, behufs Vornahme von Rechnungen einen Gedankenübergang zwischen ihnen in der Weise herzustellen, daß die Forderung aufgestellt wird, die krumme Linie rechnungsmäßig so zu behandeln, als ob ihre kleinsten, nicht mehr wahrnehmbaren, Teilchen geradlinig wären. Die Anschauungen von Geradheit und Krummheit werden hiedurch

nicht modifiziert, die eine durch die andere nicht erklärt. Es werden keine neuen Erkenntnisse oder Anschauungen räumlicher Erscheinungen gewonnen, wohl aber Rechnungsoperationen, also rein formale Gedankenprozesse ermöglicht oder doch erleichtert. In diesem Sinne mag denn auch eine wissenschaftliche Rechtslehre ausnahmsweise von Fiktionen Gebrauch machen, soferne sie sich nur dessen bewußt bleibt, daß sie bloß Surrogate für eine mangelnde Erkenntnis sind. Sie darf zu didaktisch-darstellerischen Zwecken vom logischen Kunstgriffe der Fiktionen Gebrauch machen, wenn und solange als in ihren Erkenntnissen eine Lücke klafft, weil sie einzelne Glieder in einer Reihe realer Erscheinungen bisher nicht zu erfassen vermag. Um in ihren didaktischen Deduktionen gleichwohl einen logischen Zusammenhang herzustellen, nimmt sie dann zu der Forderung ihre Zuflucht, sich vorläufig — bis zur Erlangung jener mangelnden Erkenntnis — mit dem durch das irreale Gedankenglied hergestellten formal-logischen Zusammenhang zu begnügen und auf die *dermalige* Ausfüllung der Erkenntnislücke zu verzichten. Wenn sie die Fiktivität dieses eingeschobenen Gedankenbildes einsieht und einbekennt, macht sie sich keines Irrtumes und keiner Lüge schuldig. Verkennt sie jedoch dessen Fiktivität, glaubt sie damit ein reales Wesen bezeichnet zu haben, so irrt sie; und wenn sie vollends die Fiktivität einsieht, trotzdem aber den bloß logischen Gedankeninhalt als ein Erkenntnisobjekt hinstellt, so versündigt sie sich an der Seele aller Wissenschaft, an der Wahrhaftigkeit.

Ein solcher Tadel trifft u. E. die in der neuern Rechtsliteratur verbreitete Lehre, wonach „Juristische Person" nicht ein bloßer Name oder Titel, der willensunfähigen Wesenheiten behufs Abkürzung der Vorschrift, daß sie in gewissen Belangen wie willensfähige Menschen praktisch zu behandeln seien, von dieser oder jener Rechtsgesetzgebung verliehen wird, sondern eine wirkliche Person sei. Sie be-

handelt ein Gedankenspiel, die Unterschiebung eines Phantasiegebildes an die Stelle eines Erkenntnisobjektes, als eine theoretische Wahrheit. Wird mit dem Titel „Persönlichkeit" ein willensunfähiges Wesen ausgestattet, so liegen bloß gleichklingende Worte, nicht gleichwertige Begriffe vor. Es wird dadurch nichts erklärt, weil Erklärungen nur mittelst Zurückführung des zu Erklärenden auf einen ihm übergeordneten höheren Begriff, nicht durch sprachliche Eigenmächtigkeiten und Zweideutigkeiten erbringbar sind. Wenn die Merkmale des allgemeinen Begriffes: „Person" bei jenen realen Wesen, die von einem Rechtsgesetze oder von einer Jurisprudenz „juristische Person" genannt werden, nicht zutreffen, so liegt in dieser Benennung bloß eine Metapher, nicht die Herstellung eines Unterbegriffes. Die falsche Annahme einer in Wahrheit mangelnden logischen Subsumtion verleitet dann zu verfehlten theoretischen Folgerungen, die nicht bloß — wie ehrlich einbekannte Fiktionen — wissenschaftlich wertlos, sondern auch irreführend und schädlich sind. Ihnen gegenüber erwächst der allgemeinen Rechtslehre die verdoppelte Aufgabe, die realen Eigenschaften der „juristische Person" genannten Wesenheiten festzustellen. (Abschn. VI, Z. 11.)

Auch *Vaihinger* anerkennt den Satz: „Eine Fiktion kann niemals etwas erklären". Er fügt bei, daß „sie in allen erklärenden Wissenschaften fast ohne Anwendung sein muß", und führt die vielfältige Anwendung von Fiktionen in der Jurisprudenz darauf zurück, daß „die Rechtswissenschaft nicht eine eigentliche Wissenschaft des Seienden, sondern eine Wissenschaft menschlicher willkürlicher Einrichtungen" sei.[25]) Hieraus folgt, daß in einer „erklärenden" oder „eigentlichen" Wissenschaft vom Rechte, d. i. in einer allgemeinen Rechtslehre, Fiktionen nur die Rolle von Palliativmitteln

der Darstellung spielen dürfen, die einen Mangel an Erkenntnissen nicht zu heilen, sondern zu überdecken bestimmt sind. Aber der Verzicht auf die Heilung, auf die Herstellung eines erkenntnistheoretischen Zusammenhanges, darf kein endgiltiger sein. Die Rechtswissenschaft muß unablässig darnach streben, ihre Erkenntnisse zu vervollständigen und, diesem Fortschritte entsprechend, die von ihr angewandten Fiktionen, ähnlich wie der Organismus zwecklos gewordene Surrogate, ehetunlichst auszustoßen.

4. Eine weit umfangreichere und wichtigere Rolle und Bedeutung hat die Fiktion in jenen Zweigen geistiger Betätigung, die nicht forschen und erkennen, sondern menschliches Verhalten beeinflussen, nicht theoretischer, sondern praktischer Natur sind, somit auch in der Gesetzgebung und in der Jurisprudenz. Auf dem rein praktischen Gebiete der Befehle, Unterweisungen, Ratschläge, Wünsche, kommen Gedankeninhalte nur als Mittel in Betracht, um in dem von ihnen Angesprochenen Motivationen wachzurufen. Diese Funktion kann von fiktiven Gedankenbildern in gleicher Weise ausgeübt werden, wie von Erkenntnissen. Der Unterschied: Wahrheit oder Unwahrheit ist hier von keiner essenziellen Bedeutung. Das praktische Verfahren ist ausschließlich auf die Realisierung eines Erfolges und auf die Wahl jener Mittel, die in der einfachsten und sichersten Weise hiezu führen, gerichtet.

Wie ein Prediger oder ein Volksredner seine Zuhörer mittelst Phantasien oft kräftiger beeinflußt und mit sich reißt, als mittelst Wahrheiten, so üben in der Gesetzgebung und der praktischen Rechtslehre phantastische Vorstellungen oft einen stärkeren und allgemeineren Einfluß aus, als Explikationen der Wirklichkeit. Dies umso mehr, je schwieriger die Explikation wäre, je größerer geistiger Anstrengungen es bedürfte, um ihr zu folgen. Rechtsgesetze, welche die Rechts-

genossen für den Fall des Eintrittes eines Tatbestandes *A* zu einem Komplex von Handlungen und Unterlassungen gleicher Art, wie solche beim Vorliegen eines anderen Tatbestandes *B* bereits vorgeschrieben sind oder regelmäßig stattfinden, bestimmen wollen, finden das einfachste, gemeinverständlichste, also auch zweckmäßigste, Mittel darin, daß sie in ihren Imperativen anordnen, es sei der Tatbestand *A* dem Tatbestand *B* gleichzuhalten, d. h. es sei *B* statt *A* als gegeben anzunehmen. Durch diese allen Erkenntniswertes ermangelnde logische Formel ersparen sie die Anführung aller einzelnen, von ihnen verlangten Handlungen und Unterlassungen. Wenn ein Ehemann die Ehelichkeit eines von seiner Gattin während der Ehe geborenen Kindes nicht rechtzeitig bestreitet, so gelte er als Vater; wenn eine Warenlieferung nicht rechtzeitig oder ordnungsmäßig bemängelt wird, so gelte sie als genehmigt; wenn der Antrag eines Kommissionärs nicht rechtzeitig abgelehnt wird, so gelte er als angenommen; bleibt eine Prozeßpartei vom Verhandlungstermine weg, so habe das Gericht die Behauptungen der Gegenpartei für wahr zu halten; um dem Präventivprinzip im Strafrecht zu dienen, wird fingiert, daß alle Rechtsgenossen von allen Strafgesetzen Kenntnis besitzen; zahlreiche Bestimmungen über die Rechtsfolgen von Kontrakten und von Quasikontrakten werden in die Fiktion von, in Wahrheit nicht vorhandenen, Willensäußerungen gekleidet; solange kein Erbantritt vorliegt, sind die Rechte des Erblassers als fortbestehend oder aber der Erbschaftskomplex gleich einem handlungsunfähigen Menschen zu behandeln.

Alle diese Fiktionen bezwecken nicht, den Rechtsgenossen eine Überzeugung einzuflössen, sondern sie zur Beobachtung eines bestimmten Verhaltens zu veranlassen, dessen kürzeste und gemeinverständlichste Beschreibung mittelst der Fiktion stattfindet. Da die Rechtsgesetze und ihre Jurisprudenz nur praktischen Sinn und

Zweck haben, so sind die Fiktionen in ihnen keine fremdartigen, sondern ihrer Natur gemäße Elemente, besondere Gestaltungen jener praktischen Wirksamkeit, welche ihr Wesen bildet.

Ebenso wie die Motivationen, welche zum positiven Rechte führen, aus unrichtigen subjektiven Bewertungen hervorgehen können und oft genug hervorgehen, können sie durch unwahre subjektive Vorstellungen angeregt werden. Es gehört dann zu den Aufgaben der allgemeinen Rechtslehre, die Unrichtigkeit der subjektiven Bewertungen und die Unwahrheit der subjektiven Vorstellungen festzustellen. Dies gilt auch dann, wenn Rechtsfiktionen in den Rechtsgesetzen oder in der Jurisprudenz nicht im Bewußtsein ihrer Fiktivität aufgestellt, sondern irrtümlich für Erkenntnisse gehalten und ausgegeben werden. Im Mittelalter herrschte der Glaube an Hexerei und die Rechtsgesetze verordneten: „Hexen werden verbrannt oder sonstwie bestraft". Dieser Satz konnte nicht den Inhalt einer das Rechtsleben tatsächlich beherrschenden Rechtsregel abgeben, weil es keine Hexen gab, solche daher auch nicht verbrannt oder bestraft werden konnten. Rechtsgesetze mögen fingieren, daß das Wollen eines Menschen mit dem Wollen eines anderen Menschen identifiziert werden könne, während doch eine derartige Identität in Wirklichkeit unmöglich ist. Nicht die tatsächlich geltenden Rechtsregeln, sondern bloß die zu ihnen führenden Motivationen werden von solchen Irrtümern ergriffen. Tatsachen der Erfahrung können nicht irrig oder falsch sein, weil Irriges oder Falsches eben den Gegensatz zur Erfahrung bildet. Die allgemeine Rechtslehre als Erfahrungswissenschaft vom Rechte wird daher die Rechtsregel in dem ersten der angeführten zwei Beispiele dahin verstehen: „Frauenzimmer, welche das Gericht für Hexen hielt, wurden gepeinigt", und im zweiten Beispiel: „Durch Willenserklärungen, welche ein

nach Rechtsregeln bestellter Vertreter fremder Interessen in Ausübung seiner Funktion abgibt, wird das vertretene Interessensubjekt berechtigt und verbunden".

5. Werden in der vorstehend dargelegten Weise die von einer allgemeinen Rechtslehre infolge einer Unvollständigkeit ihrer Erkenntnisse zeitweise eingeschobenen fiktiven Annahmen von den in den Rechtsquellen und in der Jurisprudenz aufgestellten Fiktionen unterschieden, so dürfen nur die letzteren als „Rechtsfiktionen" bezeichnet werden. Rechtsfiktionen sind irreale, von den Rechtsquellen oder von der Jurisprudenz eines bestimmten Rechtsgebietes erzeugte Gedankengebilde ohne Erkenntniswert, lediglich dazu dienend, die Rechtsgenossen zu einer bestimmten Art rechtlich sozialen Verhaltens zu veranlassen. Werden sie als Bestandteile des positiven Rechtes und der Wissenschaft vom positivem Rechte hingestellt und behandelt, so verfälschen sie die Rechtserkenntnis und wirken wie ein Gift, oder doch wie ein Opiat, welches die Wissenschaft vom Rechte sich selbst eingibt.

Leider wird dieses Verfahren infolge ungenügender Scheidung der allgemeinen und theoretischen Rechtslehre von den besonderen und praktischen Jurisprudenzen in der Rechtsliteratur oft eingeschlagen. Formale Logik mit Erkenntnis verwechselnd, glaubt man jede einzelne Fiktion dadurch zu rechtfertigen, daß man sie in formal-logischem Prozesse auf eine höhere oder allgemeinere Fiktion zurückführt. Die oberste dieser Fiktionen ist die aus den praktischen Jurisprudenzen herüber genommene Annahme, daß jeder einzelnen Rechtsgesellschaft ein Willenssubjekt oder irgend eine Art subjektlosen Wollens übergeordnet sei, dessen an die Gesellschaftsmitglieder gerichtete Imperativs oder Normen ihr Recht bilden. Sie ist es, welche die herrschenden Rechts-

theorien dazu nötigt, Fiktionen auf Fiktionen zu häufen und so ein ganzes System irrealer Gedankengebilde zu errichten. In dieser Durchsetzung mit den nur zu praktischen Zwecken statthaften jurisprudenziellen Fiktionen, liegt der letzte Grund jener immer wiederkehrenden Tautologien und Redefiguren, welche die allgemeine Rechtslehre bisher nicht dazu gelangen ließen, im Kreise der Erfahrungswissenschaften eine ihrer und des Rechtes würdige Stellung einzunehmen. Dem gesunden Erkenntnisbestreben drängt sich unabweislich die Frage auf, ob eine allgemeine Lehre vom positiven Rechte nicht auf einer anderen, die Rechtsregeln nicht als Forderungen, sondern als Erfahrungsregeln erfassenden Grundlage mit befriedigenderen Resultaten aufgebaut werden kann.

IV. Abschnitt.

Leitsätze der allgemeinen Rechtslehre.

1. Wir stellen für die allgemeine Rechtslehre folgende Leitsätze auf:

A. Alles positive Recht besteht aus Regeln, die in einem gesellschaftlichen Leben tatsächlich gelten.

B. Die Rechtsregeln sind Regeln wechselseitiger, die Wahrung sozialer Interessen bezweckender, Unterstützungen und Widerstände der Mitglieder einer Gesellschaft; aus ihnen gehen die Rechtsverhältnisse (Befugnisse und Verbindlichkeiten) als soziale Machtverhältnisse und die Rechtsordnung als soziale Machtordnung hervor.

C. An die tatsächliche Geltung positiven Rechtes reiht sich die ethische Forderung rechtmäßigen Verhaltens. Aus der Unterscheidung des Rechtsbegriffes von der normativen Funktion des Rechtes resultieren die Unterscheidungen zwischen Rechtsverbindlichkeit und Rechtspflicht und zwischen schuldfreiem und schuldhaftem Unrecht.

D. Rechtsquellen sind die Motivationen regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens, deren subjektiver Faktor positives soziales Rechtsgefühl ist.

Diese Leitsätze sind in den folgenden Abschnitten V bis VIII zu begründen und näher auszuführen. Die auf ihnen aufgebaute Theorie ist eine allgemeine Erfahrungslehre vom Rechte, weil sie die Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse als Erfahrungsobjekte behandelt; und sie ist eine soziologische Lehre, weil sie diese Erscheinungen des Rechtslebens auf soziale Verhaltungsweisen der Rechtsgenossen zurückführt.

2. Neuere juristische Werke sprechen des Öfteren von einer „Sozialwissenschaft vom Rechte" als von einer neben der Rechtswissenschaft einhergehenden Doktrin.[26]) Sie anerkennen die Möglichkeit, das positive Recht als soziale Tatsache, also soziologisch zu betrachten, wollen diese Betrachtungsweise jedoch der „Soziologie" als einer von der Rechtswissenschaft strenge zu sondernden Wissenschaft zuweisen. Die Rechtswissenschaft müsse sich derselben durchaus entschlagen, um nicht das für sie allein maßgebende Normen- oder Imperativenprinzip preiszugeben oder zu verfälschen. Die soziale Bedeutung des Rechtes bestehe in den Einwirkungen, welche seine Normen auf das gesellschaftliche Leben ausüben, sei daher von diesem völlig wesensverschieden. Es unterläuft hiebei die im Abschn. I besprochene Verwechslung des jurisprudenziellen mit dem rechtwissenschaftlichen Denken und die damit zusammenhängende verfehlte Übernahme der jurisprudenziellen Auffassung der Rechtsregeln als Normen oder Imperative in die Rechtswissenschaft. Werden diese axiomatischen Ansichten verlassen, wird eingesehen, daß die Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse soziale Tatsachen sind, und daß die gesetzgeberischen Imperative nur zu deren Entstehungsgründen gehören, so kann die Wissenschaft, welche sie als Gattun-

g e n betrachtet und unter allgemein giltige wissenschaftliche Begriffe bringt, nur die Rechtswissenschaft sein. Es entfällt dann jeder Grund dafür, die einschlägigen Untersuchungen der Rechtswissenschaft zu entziehen. Nur muß das soziale Wesen des Rechtes richtig erfaßt, es darf nicht in den durch die Rechtsregeln beeinflußten, i n d i v i d u e l l e Interessen betätigenden Handlungen und Unterlassungen der Gesellschaftsmitglieder, sondern muß in jenen s o z i a l e n Verhaltungsweisen der Gesellschaftsmitglieder, durch welche erst die Rechtsregeln begründet sind, gefunden werden. Es ergibt sich dann mit Notwendigkeit, daß die soziologische Betrachtungsweise nicht eine der Rechtswissenschaft fremde, sondern die ihr durch die Natur des Rechtes gebotene, daß die Rechtswissenschaft selbst eine, und zwar die erste und bedeutungsvollste, soziologische Wissenschaft ist.

Diese soziologische Rechtslehre hat insbesondere wenig gemein mit der von *E. Ehrlich* in Aussicht genommenen „Soziologie des Rechtes", deren Gegenstand die Gepflogenheiten seien, welche innerhalb einer Rechtsgesellschaft oder innerhalb einzelner Segmente derselben bei Rechtsgeschäften, ferner bei der Ausübung von Rechtsbefugnissen und bei der Betätigung von Rechtsverbindlichkeiten, jeweilig stattfinden. Sie nennt diese Gepflogenheiten „l e b e n d i g e s R e c h t", das sie den für die Richter geltenden „E n t s c h e i d u n g s n o r m e n", als einer zweiten Art von „Recht" gegenüberstellt. Schon rein logisch betrachtet ist diese Dichotomie unzulässig, weil sie das Wort „Recht" im ersten Einteilungsgliede in einem andern Sinne nimmt, als im zweiten. Wirkliches Verhalten der Rechtsgenossen und Anforderungen, die nicht an diese, sondern bloß an die Gerichte ergehen, sind zwei so disparate Vorstellungen, daß sie nicht unter einen gemeinschaftlichen Oberbegriff „Recht" gebracht werden können.

Die Vornahme von Rechtsgeschäften, die Ausübung von rechtlichen Befugnissen und die Erfüllung rechtlicher Verbindlichkeiten und Pflichten setzen schon ein „Recht“, in dessen Sinne und unter dessen Schutze sie stattfinden, voraus. Sie verfolgen nicht soziale, sondern isolierte Zwecke und tragen, als Betätigungen individueller Interessen, zum Bestande der Rechtsgesellschaft als solcher nichts bei. Sie bilden den Gegenstand von Verkehrssitten, nicht aber von Rechtssitten oder Rechtsgewohnheiten (Abschn. VIII, Z. 3). Zudem sind die Eigentümlichkeiten, welche in einzelnen, nach Wohnsitzen, Ständen oder Berufsklassen bestimmten, Bevölkerungskreisen bei Rechtsgeschäften oder Rechtsausübungen zeitweilig vorkommen und auf welche nach *Ehrlich* die „Soziologie des Rechtes“ ein besonderes Gewicht legen soll, einesteils nicht deutlich abgrenzbar und können andernteils innerhalb einer Rechtsordnung die erheblichsten Verschiedenheiten aufweisen, so daß es in einer Rechtsgesellschaft in Ansehung einer und derselben Art von Rechtsstoffen mehrere divergierende Rechtsregeln, deren Gebietsgrenzen völlig unsicher wären, geben würde.[27])

Die Bedeutung, welche die rücksichtlich der Ausübungen subjektiver Rechte in einzelnen Segmenten einer Rechtsgesellschaft bestehenden Gepflogenheiten für die Rechtsprechung haben, soll keineswegs unterschätzt werden. Sie ist aber eine bloß jurisprudenzielle, indem sie der Anwendung jener Rechtsregeln, gemäß denen Rechtsverhältnisse von einem individuellen Wollen bedingt sind, daher insbesondere der die Rechtsgeschäfte betreffenden, dient. Zweifelsohne überwiegt der friedliche soziale Verkehr sowohl an Zahl der Fälle wie an Bedeutung für das gesellschaftliche Leben weitaus die Fälle richterlichen oder sonstigen behördlichen Eingreifens. Hieraus folgt jedoch nicht, daß der friedliche Verkehr auch dann ein Rechtsverkehr wäre, wenn keine Regeln bestünden, gemäß denen auftauchende Interessen-

konflikte eine Lösung durch soziale Unterstützungen der einen und soziale Bekämpfungen der andern Art von Parteibestrebungen finden.

3. Die auf soziologischer Grundlage auszuführende allgemeine Rechtslehre darf weiters nicht mit jener sogenannten „soziologischen Jurisprudenz" verwechselt werden, die bemüht sein soll, die Rechtsgesetze ihres Landes derart auszulegen, und deren Lücken derart auszufüllen, daß der öffentlichen Wohlfahrt möglichst Rechnung getragen werde. Das Wort „soziologisch" ist hier ungenau angewandt, weil es nicht das sozial Nützliche oder Wünschenswerte, sondern das innerhalb der menschlichen Gemeinwesen Gesetzliche oder Regelmäßige bedeutet. Man sollte korrekter von einer Richtung der Jurisprudenz sprechen, die soziale Interessen zur Richtschnur nimmt, im Gegensatze zu jener Jurisprudenz, die ausschließlich die in den Rechtsgesetzen zum Ausdruck gebrachten Willensmeinungen beachtet (Abschn. IX, Z. 3). Sie bildet, wie die Jurisprudenz überhaupt, keinen Bestandteil der allgemeinen Rechtslehre, sondern einen von dieser zu erkennenden und zu bewertenden Bestandteil des rechtsgesellschaftlichen Lebens.

4. Von allen vorstehend charakterisierten Ansichten und Bestrebungen ist die hier vertretene allgemeine und soziologische Rechtslehre zu unterscheiden. Ihre Aufgabe besteht darin, darzutun, daß jedes einzelne positive Recht, seine Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse in der Wirklichkeit gegebene Exemplare allgemein giltiger soziologischer Erfahrungsbegriffe sind, und daß ihre normative Bedeutung nur in einem Reflex einer sie begleitenden einheitlichen und allgemein giltigen ethischen Norm: „Leiste dem positiven Rechte Deines Landes Genüge" besteht. Sie wird gerade hiedurch der grundsätzlichen Scheidung des Tatsächlichen vom Normativen, der

tatsächlichen Wesenheiten von ihren kulturellen Werten gerecht, heischt jedoch, daß die Betrachtung des Tatsächlichen der Wertbetrachtung vorausgehe. Erst nachdem die Rechtserscheinungen als soziale Tatsachen festgestellt und begriffen sind, können sie als Träger kultureller Werte nach ihrer normativen Bedeutung in Betracht gezogen und kritisch beurteilt werden. Beide Betrachtungsweisen hängen zusammen und bilden den Inhalt der allgemeinen Rechtslehre, welche das positive Recht nach beiden Seiten zu behandeln hat.

V. Abschnitt.

A. Alles positive Recht besteht aus Regeln, die in einem gesellschaftlichen Leben tatsächlich gelten.

1. Regel oder Erfahrungsgesetz ist ein Erkenntnisurteil, durch welches eine notwendige (nicht bloß zufällige) Gleichmäßigkeit von Sukzessionen und Koexistenzen generell vorgestellter Erscheinungen ausgesagt wird. Die Konstatierung bisher gleichmäßig stattgefundener Sukzessionen oder Koexistenzen für sich allein ist noch keine Regel. Diese resultiert erst aus der Induktion einer Notwendigkeit, zufolge deren der Verstand irgend einer Art von Sukzession oder Koexistenz von Erscheinungen den Charakter eines allgemein giltigen innern Zusammenhanges beimißt. Wird dieser Zusammenhang als ein schlechthin gewisser oder ausnahmeloser vorgestellt, so heißt das Erkenntnisurteil „Naturgesetz"; wird er als ein bloß wahrscheinlicher, Ausnahmen zulassender, vorgestellt, so heißt das Erkenntnisurteil „Regel". Das Charakteristische des Erkenntnisurteiles betreffend den Bestand eines Naturgesetzes oder einer Regel liegt somit in der Voraussage, daß sich unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte

Folgen ergeben werden. Daraus, daß der Verstand diese Aussage in die Erscheinungswelt projiziert, erwächst in einem Falle ein Naturgesetz, im andern eine Regel als selbständiges Erkenntnisobjekt. „Wir können", sagt *Kant* in der „Kritik der reinen Vernunft", „den Verstand als das Vermögen der Regeln charakterisieren. . . . Dieser ist jederzeit beschäftigt, die Erscheinungen in der Absicht durchzuspähen, um in ihnen irgend eine Regel aufzufinden".

Es ist ein oft begangener Fehlschluß, daraus, daß wir das rechtsgesellschaftliche Leben nicht in Kausalitäten aufzulösen, nicht auf exakte Naturgesetze zurückzuführen vermögen, zu folgern, daß Recht ein System von Normen und die Rechtswissenschaft eine normative oder praktische Lehre sein müsse. Denn der Gegensatz zwischen der Feststellung von Naturgesetzen der Kausalität und der Feststellung von Normen ist kein kontradiktorischer; er läßt ein drittes, nämlich die Feststellung genereller Tatsachen in Begriffen des Seienden und in Regeln des Geschehenden zu, die nicht, oder noch nicht, auf ausnahmelose Naturgesetze zurückgeführt werden können, zu. Die auf solchen Feststellungen beruhenden Wissenschaften liefern, weil es Ihnen nicht möglich ist, oder nicht gelingt, die letzten und einfachsten Elemente der betrachteten Erscheinungen und deren kausale Zusammenhänge zu erforschen, Regeln, die bloß Wahrscheinlichkeit, nicht Naturgesetze, die völlige Gewißheit mit sich führen. Dahin gehören (neben den naturhistorischen Wissenschaften, der Sprachwissenschaft, der empirischen Psychologie) alle soziologischen Doktrinen, und unter diesen die allgemeine Rechtslehre. Die Annahme menschlicher Willensfreiheit widerstreitet nur der Annahme naturgesetzlicher Notwendigkeit, nicht aber der Regelmäßigkeit menschlichen Wollens und Verhaltens.[28])

Die eine W a h r s c h e i n l i c h k e i t von Erscheinungen und von deren Zusammenhängen aussagenden Regeln drängen

sich dem Verstande mit gleicher Notwendigkeit auf und werden von ihm in gleicher Weise in die Außenwelt verlegt, haben somit den gleichen Charakter von Erkenntnisobjekten, wie die eine *Gewißheit* aussagenden empirischen Gesetze. Sowohl Gesetze als Regeln sind Resultate eines verstandesnotwendigen Induktionsschlusses. In die Vorstellung von einer *ausnahmelosen* Reihe gleichartiger Sukzessionen oder Koexistenzen induziert der Verstand die Folge, daß diese auch künftighin gleich ausnahmelos stattfinden werden, also daß ein gesetzlicher Zusammenhang der ihnen unterliegenden Erscheinungen obwaltet. In die Vorstellung, daß eine Art von Sukzessionen oder Koexistenzen in einer *weitaus überwiegenden Zahl* von Fällen stattfindet, induziert der Verstand die Folge, daß sie auch in Hinkunft in der überwiegenden Zahl von Fällen platzgreifen werden, daß also ein, Ausnahmen unterliegender, regelmäßiger Zusammenhang der Erscheinungen gegeben ist. Das Wahrscheinlichkeitsurteil *als solches* ist für den Verstand ebenso notwendig, wie das Gewißheitsurteil als solches, Wahrscheinlichkeit ist ebenso ein Gegenstand menschlichen Erkennens wie Gewißheit.

Würden sich hinsichtlich einer bisher als Naturgesetz angesehenen Aussage Ausnahmen zeigen, so wäre sie zu einer bloßen Regel herabgesetzt. Doch könnte sie auch in ihrer nunmehr abgeschwächten Bedeutung noch zur Ordnung menschlicher Erkenntnisse, d. h. zur Grundlage für eine Wissenschaft von den einschlägigen Erfahrungen verwendet werden. Daraus, daß die vom Verstande mit Notwendigkeit festgestellten, aber bloß wahrscheinliche Koexistenzen und Sukzessionen darstellenden, Regeln einen geringern Erkenntniswert haben als die, notwendige Zusammenhänge darstellenden, Gesetze, folgt nicht, daß jene überhaupt keinen Erkenntniswert haben, keinen Gegenstand wissenschaftlicher Erkenntnisse bilden können. Die Erfahrungswissenschaften

von solchen aus mehreren Elementen zusammengesetzten Erscheinungen, welche — wie die psychischen und die sozialen Erscheinungen — einer vollständigen Analyse in ihre Elemente nicht, oder doch bisher nicht, zugänglich sind, können überhaupt nicht zur Feststellung kausaler, also schlechthin notwendiger, Zusammenhänge gelangen, weil diese nicht den zusammengesetzten Dingen, sondern ihren Elementen anhaften, müssen sich daher mit der Feststellung von Regelmäßigkeiten begnügen. „Alles oder nichts" kann vielleicht der Wahlspruch einer Philosophie, nicht aber der Erfahrungswissenschaften sein.

Da die Regeln ebenso wie die Gesetze allgemein giltige Erkenntnisse und — in die Außenwelt verlegt — Erkenntnisobjekte sind, müssen sie von willkürlichen Gedankenkombinationen in derselben Weise unterschieden werden, wie Dinge von Phantasiegebilden. Demnach ist es auch zum Bestande einer Regel — ebenso wie eines Gesetzes — keineswegs erforderlich, daß sie bereits von einzelnen oder von vielen Menschen aufgestellt worden seien. Jede Regel besitzt — ebenso wie jedes Gesetz — Objektivität dadurch, daß der menschliche Verstand, sobald ihm die Voraussetzungen voller Wirksamkeit verliehen sind, sich ihrer bewußt wird und kraft seines Wesens bewußt werden muß, gleichviel ob die gerade lebenden Menschen bereits zu jener Verstandesreife gelangt sind, welche zur Feststellung der Regel oder des Gesetzes erforderlich ist. Alle Naturgesetze bestanden schon, bevor sie von zufällig lebenden Menschen erkannt wurden, und würden als dem menschlichen Verstande zugängliche Erkenntnisobjekte bestehen, auch wenn sie in Vergessenheit geraten würden. Dasselbe gilt von allen Regeln, denen die körperliche und die geistige Welt, darunter insbesondere auch das soziale Leben der Menschen, unterliegen.

2. Der Begriff Regel involviert nach dem Gesagten keineswegs, daß die ihr unterliegenden Handlungen und Unterlassungen gerade zur Zeit, in welcher sie erkannt oder festgestellt wird, in Wirklichkeit stattfinden. Maßgebend ist nur, daß der Verstand ein Verhältnis des Beieinanderseins oder der Aufeinanderfolge gewisser Arten von Erscheinungen als ein durch deren Wesen begründetes erkennt, daher für den Fall des Eintrittes der einen den Eintritt der anderen hypothetisch voraussieht.

Demzufolge bedeutet der Begriff R e c h t s r e g e l etwas anderes als der Begriff R e c h t s g e w o h n h e i t. Letzterer bringt bloß die Tatsache, daß gewisse Handlungsweisen unter bestimmten Voraussetzungen s t a t t g e f u n d e n h a b e n, zum Bewußtsein, während der erstere auf einem verstandesmäßigen Urteile darüber, daß unter bestimmten Voraussetzungen bestimmte Handlungsweisen z u g e w ä r t i g e n s i n d, beruht. Ein solches Urteil kann im Wege der Induktion aus Gewohnheiten, es kann auch aus einzelnen Vorkommnissen erschlossen werden. Es wäre ein Denkfehler, die Tatsachen, aus denen der Verstand den Induktionsschluß auf den Bestand einer Rechtsregel zieht, mit dem — nicht minder tatsächlichen — R e s u l t a t e des Induktionsschlusses, nämlich mit der Feststellung der Rechtsregel, zu identifizieren. Jede Rechtsregel gilt — ebenso wie jedes Naturgesetz — unabhängig davon, ob ihre hypothetischen Voraussetzungen zu einer bestimmten Zeit gerade zutreffen. Nicht das vom Zutreffen ihrer Voraussetzungen bedingte Vorkommen der unter eine Regel fallenden einzelnen Koexistenzen und Sukzessionen, sondern die den Regeln anhaftende hypothetische Notwendigkeit begründet jene Erkenntnisse, welche den Inhalt jeder Erfahrungswissenschaft, somit auch jener, welche das rechtlich soziale Leben der Menschen zum Gegenstande nimmt, bilden.[29])

Zu einer so gearteten Erfahrungswissenschaft vom Rechte können wir nur gelangen, wenn wir uns vergegenwärtigen, daß Erfahrung nicht bloß auf sinnlichen Wahrnehmungen, sondern auch auf Verstandeskategorien beruht. Es ist ein die Rechtserkenntnis hindernder Fehlschluß, daraus, daß die Rechtsregeln und die Rechtsverhältnisse nicht sinnlich wahrnehmbar, daher auch keine Regeln natürlicher Kausalität sind, zu folgern, daß sie nur als normative oder imperativische Forderungen begreifbar seien. Was der Verstand mit Notwendigkeit aufstellt, ist in Ansehung der Erfahrung, somit jeder Erfahrungswissenschaft, gerade so notwendig gegeben, wie die Objekte sinnlicher Wahrnehmungen. Zu den dem Verstande angehörenden Erkenntnisobjekten gehören alle Gesetze und Regeln, welche die sinnlich wahrnehmbaren Objekte beherrschen und sie zur Erfahrungsgesamtheit oder Natur vereinigen, und ebenso alle auf Grund solcher Regeln gebildeten Zusammenhänge oder Relationen. Selbst die Kausalzusammenhänge und ihre Gesetzlichkeiten sind nicht sinnlich wahrnehmbar, sondern nur mittelst des Verstandes erkennbar und nur als seiende, nicht als seinsollende Erfahrungsobjekte begreiflich.

In der Feststellung solcher Regeln und Verhältnisse bestehen alle Erfahrungswissenschaften. Sie erkennen die Natur und jedes ihrer Segmente als ein geordnetes Ganzes. Da nun die Menschen sowohl in ihrem isolierten als in ihrem sozialen Leben Bestandteile der Natur im weitesten Sinne des Wortes sind, so besteht auch in Ansehung der Regeln des sozialen Lebens und in Ansehung der durch sie begründeten Verhältnisse die Möglichkeit und damit zugleich das Postulat von Erfahrungswissenschaften, die man unter dem Sammelnamen „Soziologie“ zusammenfaßt. Aber ähnlich wie unter dem Kollektivbegriff „Naturwissenschaft“ mannigfache, in der physischen und in der psychischen Natur gegebene, Ordnungen und deren Wissenschaften fallen, umfaßt „Soziologie“ eine

ganze Reihe von Arten gesellschaftlichen Zusammenlebens und deren Ordnungen in Gesetzen und Regeln. Eine dieser Arten gesellschaftlichen Zusammenlebens ist das rechtliche und deren Ordnung in Regeln und Verhältnissen ist die Rechtsordnung. Das generelle Wesen der Rechtsordnungen und der in ihnen enthaltenen Regeln und Verhältnisse als sozialer Erscheinungen festzustellen und in ein System von allgemein giltigen Begriffen zu bringen, bildet den Gegenstand der allgemeinen Rechtslehre.

Im isolierten Leben der Menschen bildet die Gesamtheit der Regeln seines Wollens seinen Charakter. Die Vorstellung „Charakter" bedeutet Regelmäßigkeit im Wollen und Verhalten seines Trägers. Solche Regelmäßigkeit, als eine auf Grundsätzen beruhende Konstanz im Geistesleben ihres Trägers, besitzt, ohne Rücksicht auf dessen Zweckstoffe, an sich einen ethischen Wert. Aber dieses Wertprädikat und die daraus fließende normative Bedeutung des Charakters, gehören nicht zu dessen begrifflichem Wesen. Derartiger zweifacher Betrachtungsweise unterliegen auch die Regeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens von Menschen. Durch die Regelmäßigkeit des sozialen Verhaltens werden die an ihnen Teilnehmenden zu einer Gesellschaft vereinigt. Sie bilden in ihrer Gesamtheit die rein tatsächliche Erscheinung einer sozialen Ordnung, welche vermöge ihrer Konstanz einen normativen, zu ihrem Begriff synthetisch als Prädikat hinzutretenden, Wert hat. **(Abschn. VII, Z. 1.)**

3. Gegenstand sozialer Regeln sind überall Willenstätigkeiten mehrerer Menschen, die auf ihnen gemeinschaftliche Zwecke gerichtet sind. Diese sind mannigfacher Art, sie können kulturell nützlich oder schädlich sein. Immer aber ist die regelmäßige Realisierung gemeinschaftlicher oder sozialer Zwecke davon bedingt, daß in gleicher Regelmäßigkeit die mit ihnen unvereinbaren individuellen oder egoistischen Willenstätigkeiten zurückge-

drängt werden. Hieraus ergibt sich die Notwendigkeit eines allgemeinen oder formalen Gesellschaftszweckes, bestehend in der Bekämpfung antisozialer und in der Förderung sozialer Willenstätigkeiten, d. h. in der Sicherung des sozialen Lebens an sich, rücksichtlich aller seiner besonderen Zwecke. Dieser, ein regelmäßiges Durchgreifen der gesellschaftlichen Zwecke gegenüber divergierenden Bestrebungen einzelner Mitglieder beinhaltende, soziale Zweck ist allen Sonderarten gesellschaftlicher Zwecke gegenüber formaler Natur (Abschn. VI, Z. 1). Eine ähnliche Ordnung der Zwecke waltet beim individuellen Menschen ob. Jeder einzelne muß, um irgend welche besondere Zwecke verfolgen und verwirklichen zu können, vor allem vom formalen Zwecke, sich selbst zu behaupten, zu leben, erfüllt sein.

Die dem Zwecke der Selbstbehauptung gesellschaftlichen Lebens dienenden Regeln sind die Rechtsregeln, die aus ihnen hervorgehende Gesellschaftsart ist die Rechtsgesellschaft.

Den in diesem Sinne formalen Charakter des Rechtes hat schon die Definition *Kants*: „Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des Einen, mit der Willkür des Andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann", zum Ausdruck gebracht. Sie besagt aber nicht, worin die „Bedingungen" bestehen. Ebenso wie in der *Kant*schen Definition die vereinigten Willensenergien mehrerer Personen Erfahrungsobjekte sind, müssen auch die Bedingungen ihrer Vereinigung in erfahrungsmäßigen Erscheinungen liegen, und als solche näher beschrieben werden. Eine Erfahrungslehre vom Rechte muß Erfahrungstatsachen nachweisen, welche als Bedingungen der Vereinigungen empirischer Willenstätigkeiten fungieren und diese ermöglichen. Da nun menschliches Wollen unmittelbar bloß durch Motivationen bestimmt wird,

so können die Bedingungen der Vereinigung mehrerer Willenssubjekte zu einer Gesellschaft nur in ihnen selbst, in Regeln ihres Verhaltens und in Regeln der zu diesem führenden Motivationen liegen. Dies gilt rücksichtlich der Rechtsgesellschaften ebenso, wie rücksichtlich der anderen Gesellschaftsarten. Die Rechtswissenschaft hat das besondere Wesen jener sozialen Verhaltungsweisen, durch deren Regelmäßigkeiten eine Rechtsgesellschaft begründet wird, und ihrer Motivationen festzustellen.

4. Wie die Naturwissenschaften ein Gesamtobjekt „Natur" anerkennen, diese Gesamtvorstellung aber nur mittelst der sie konstituierenden Naturgesetze zu begreifen vermögen, so muß auch die Rechtswissenschaft das soziale Ganze der Rechtsgesellschaft, um es zu erfassen, auf die sie konstituierenden Rechtsregeln zurückführen. Man kann nicht die Rechtsregeln aus der Rechtsgesellschaft, man muß diese aus jenen heraus erklären. Die Redewendung, daß die Rechtsgesellschaft ihre Rechtsregeln schaffe, ist ebenso verkehrt, als es der Satz, die Natur bringe die Naturgesetze hervor, wäre. Viele tiefer dringende Rechtslehren sehen wohl ein, daß Ausdrucksweisen, wie: „die Rechtsgesellschaft oder der Staat ordnet an, bewerkstelligt, zwingt" usw. fiktiv sind. Gleichwohl bedienen sie sich solcher Redewendungen, nicht bloß als sprachlich zulässige Redefiguren zwecks lebhafterer literarischer Darstellung, sondern auch bei ihren Begriffsentwicklungen. Der Grund liegt darin, daß sie sich ihrer nicht enthalten können, so lange sie das Recht für die Schöpfung irgend eines den Rechtsgenossen übergeordneten Geistes halten. Diese fiktive Supposition wird überflüssig, sobald die Rechtsgesellschaft als ein in der Erfahrung gegebenes, aus regelmäßig gleichartigen Motivationen und Verhaltungsweisen ihrer Mitglieder resultierendes Kollektivwesen verstanden wird. Es liegt kein Grund vor, der ausschließen würde, daß ein

soziales Verbundensein von Menschen auch ohne Vermittlung durch ein den Verbundenen übergeordnetes oder außerhalb ihrer stehendes wollendes Wesen zustandekomme. In früheren, der naturwissenschaftlichen Aufklärung vorausgegangenen, Erkenntnisstadien glaubte man, die Naturerscheinungen und deren Beziehungen zu einander nur mittelst Zurückführung auf ein ihnen übergeordnetes göttliches Wollen erklären zu können. Seither wurde erkannt, daß eine Erfahrungswissenschaft von der Natur und den Naturerscheinungen einer solchen Supposition entbehren kann und muß, daß diese nicht das Geringste dazu beiträgt, um die Naturerscheinungen und deren Gesamtheit als Natur erfahrungsmäßig zu begreifen und zu analysieren, d. h. eine Naturwissenschaft zu betreiben. Ein gleicher Entwicklungsprozeß wird und muß sich in der Rechtswissenschaft vollziehen. Dann erst wird sie eine ihrer Bedeutung würdige Stellung im System der Erfahrungswissenschaften erlangen. An Stelle des Privilegs eines besonderen „juristischen Denkens“, welches der Jurisprudenz zu überlassen und richtiger „jurisprudenzielles Denken“ zu nennen ist, wird sie die ungeschmälerte und unverfälschte Beteiligung an den allen Erfahrungswissenschaften gemeinschaftlichen Begriffen und Erkenntnissen eintauschen.

Nur auf solcher Grundlage ist die Ausdehnung des kulturellen Entwicklungsprinzips auf das positive Recht begreiflich, eine Rechtsgeschichte im Sinne der Entwicklungslehre möglich. Wer das Recht als eine Summe von Imperativen ansieht, die vom subjektiven Denken und der Willkür jeweiliger Gesetzgeber abhängen, beraubt sich selbst der Möglichkeit, den entwicklungsgeschichtlichen Zusammenhang zwischen den Wandlungen, denen eine Rechtsordnung im Laufe der Zeit unterliegt, zu erklären. Die soziologische Auffassung dagegen erkennt im Rechte und in seinen Bestandteilen Erfahrungsobjekte, deren begriffliche We-

senheiten überall gleichbleiben, die jedoch, wie alle Erfahrungsobjekte, rücksichtlich der zu den Begriffen jeweils hinzutretenden Besonderheiten konstanten historischen Entwicklungen unterliegen.

5. Die so geartete allgemeine Rechtslehre muß den Begriff „Rechtsregel“ vom Begriffe „Rechtssatz“ strenge auseinanderhalten. Sie verhalten sich zu einander, wie die Begriffe „Regel“ und „Satz“. Jener betrifft ein Erfahrungsobjekt, dieser einen sprachlich ausgedrückten subjektiven Gedanken. Der Rechtssatz ist die Formulierung eines Gedankens, der den Inhalt einer Rechtsregel abgeben kann, nicht aber immer oder notwendig abgibt. Ob eine ihm entsprechende Rechtsregel in Wirklichkeit irgendwo gegeben ist oder nicht, ist für den Begriff des Rechtssatzes belanglos. Alle Gesetzesvorschläge, alle Darstellungen idealer Staatsformen oder sonstige von Jemandem ausgesonnene Projekte für Rechtseinrichtungen enthalten Rechtssätze. Ein Wert kommt ihnen nur insoweit zu, als sie mit irgend welchen Vernunftforderungen übereinstimmen. Rechtsregeln hingegen besitzen an sich, unabhängig von der Vernünftigkeit oder Unvernünftigkeit der in ihnen enthaltenen Rechtssätze, vermöge ihrer tatsächlichen Geltung allein, einen Vernunftwert.

Jeder Rechtssatz ist, wie jedes Literaturwerk, einzig, er bleibt immer ein und derselbe Vorstellungsinhalt, mag er bloß von Einem oder von Vielen ausgesprochen werden, mag er in eine Rechtsregel aufgenommen sein oder nicht, und mögen die Rechtsregeln, die ihn etwa aufgenommen haben, in beliebig vielen Gebieten gelten. Dagegen ist jede Rechtsregel, die in einem Gebiete gilt, ein von allen anderen, wäre es auch von demselben Rechtssatze erfüllten, Rechtsregeln anderer Gebiete, verschiedenes Vorstellungsobjekt.

Zwei Rechtssätze kontradiktorisch entgegengesetzten Inhaltes, wohnen als bloße Gedanken, leicht beieinander. Der Bestand einer Rechtsregel des Inhaltes A schließt hingegen den gleichzeitigen Bestand einer Rechtsregel des Inhaltes Nicht-A in derselben Rechtsgesellschaft aus. Wenn zwei Gesetzesentwürfe vorliegen, von denen der eine dieses, der andere entgegengesetztes beantragt, so kann keiner von ihnen den Vorzug in Anspruch nehmen, daß nur er einen Rechtssatz enthalte. Jeder von ihnen besteht aus Rechtssätzen. Auch daß zwei einander inhaltlich widersprechende Gesetze erlassen werden, ist in der Wirklichkeit nicht ausgeschlossen. Daß jedoch beide gleichzeitig Rechtsregeln in demselben Rechtsgebiete hervorbringen, ist unmöglich.

Gute, d. h. den Anforderungen der Vernunft entsprechende Rechtssätze zu ersinnen, ist Sache der Rechtsphilosophie und Rechtspolitik. Sie wirken für die inhaltliche Vervollkommnung und Höherentwicklung des positiven Rechtes, indem sie die Rechtsquellen im Sinne des Zustandekommens und des Bestandes kultur- und wohlfahrtsfördernder Rechtsregeln beeinflussen. Wer sich mit ihrer Systemisierung befaßt (wie es in *Stammlers* Lehre vom „Richtigen Rechte" versucht wird), muß freilich tatsächliche Geltung als etwas nicht zu seinem Gegenstande Gehöriges ansehen. Allein sein Gegenstand ist dann nicht positives Recht, sind nicht objektiv gegebene Rechtsregeln, sondern subjektive Gedankenbilder rechtlichen Inhaltes oder Rechtssätze. Diesen gegenüber muß die Rechtswissenschaft den Rechtsregeln volle Selbständigkeit wahren, wenn sie ihrem Berufe, das Wesen des positiven Rechtes und seiner einzelnen Erscheinungen verstandesmäßig zu erfassen und unter allgemein giltige Begriffe und Urteile zu bringen, nachkommen soll.[30])

VI. Abschnitt.

B. Die Rechtsregeln sind Regeln wechselseitiger, die Wahrung sozialer Interessen bezweckender Unterstützungen und Widerstände der Mitglieder einer Gesellschaft. Aus ihnen gehen die Rechtsverhältnisse (Befugnisse und Verbindlichkeiten) als soziale Machtverhältnisse und die Rechtsordnung als soziale Machtordnung hervor.

1. Um das Wesen der Rechtsregeln und der Rechtsverhältnisse als Erfahrungsobjekte zu bestimmen, ist es erforderlich, ihre formalen Begriffe von den Stoffen, an denen sie in die Erscheinung treten, zu unterscheiden.

Die Erfahrungswissenschaften schöpfen ihre Erkenntnisse von den Erscheinungen nicht, oder doch nicht primär, aus Begriffen, sondern umgekehrt, ihre Begriffe aus den Erscheinungen. Begriffe sind an sich bloß logische Formen, Abstraktionen, die jeder Einzelne nach seinem subjektiven Standpunkte und Bedürfnisse für sich zu konstruieren vermag. Wissenschaftliche Begriffe jedoch sind nur jene, die in einem oder dem anderen Erkenntnisgebiete eine systematische Ordnung der Erkenntnisobjekte ermöglichen, somit eine objektive Bedeutung für das menschliche Erkennen besitzen. Aber auch der wissenschaftliche Begriff vermag keineswegs das volle Wesen seines Objektes wiederzugeben. Geschähe dieses, so wäre mit seiner Aufstellung die Aufgabe der Erfahrungswissenschaft in Ansehung der unter ihn fallenden Gegenstände erschöpft. Es bedürfte weiterhin bloß formal-logischer Folgerungen, um sie vollständig zu erfassen; es gäbe in Ansehung ihrer nur analytische, keine synthetischen Urteile. Die Bildung wissenschaftlicher Erfahrungsbegriffe kann solche Prätentionen nicht erheben. Das objektive Wesen einer jeden Gattung von Erfahrungsobjekten, so auch der Rechtserscheinungen, wird in der Wissenschaftsgeschichte

nur allmählich der vollen Erkenntnis näher gebracht, und die hiefür erforderliche Methode besteht darin, daß wissenschaftliche Begriffe geformt und mit diesen sodann die in ihnen noch nicht als Begriffsmerkmale enthaltenen Eigenschaften, Wirksamkeiten und Relationen ihrer Gegenstände durch synthetische Aussagen verknüpft werden.

Bei der hieraus resultierenden Auseinanderhaltung der Begriffsmerkmale von den außerhalb des Begriffsinhaltes liegenden Prädikaten werden jene als „Form", diese als „Stoff", mit welchem der formale Begriff im fortschreitenden Erkenntnisbestreben allmählich auszufüllen ist, weil er ihm in der Wirklichkeit anhaftet, vorgestellt.

Den methodischen Gegensatz zwischen Form und Stoff hat *Stammler* in überaus dankenswerter Weise als Grundlage aller Rechtserkenntnisse festgestellt. Seiner näheren Charakterisierung und Darstellung desselben vermögen wir uns jedoch nicht ganz anzuschließen, weil sie sich — zufolge ihrer rechtsphilosophischen Tendenz — auf das logische Verhältnis der Über- und Unterordnung der Rechtsbegriffe gründet und beschränkt, während die allgemeine Rechtslehre als Erfahrungswissenschaft vom Dasein außerhalb ihrer liegenden Objekte ausgeht und diese zum Gegenstande nimmt. *Stammler* sucht den Gegensatz zwischen Form und Stoff innerhalb der Begriffsinhalte, nicht innerhalb der Begriffsobjekte. Jene Merkmale eines Begriffes, welche auf Grund der jeweils für diesen aufgestellten Definition den in der logischen Ordnung zunächst übergeordneten, allgemeinern Begriff konstituieren, nennt er seine Form, jene Merkmale, durch welche der Begriff seine Besonderung gegenüber dem nächstübergeordneten Oberbegriff erfährt, nennt er seinen Stoff.[31]) Diese Auffassung mag genügen, wenn, — wie in der Transzendentalphilosophie, — nichts anderes als Begriffe Gegenstand der Untersuchung sind, somit bloß eine logische

Ordnung und Erklärung von Begriffen angestrebt wird, nicht aber dann, wenn — wie in den Erfahrungswissenschaften —, die Bildung von Begriffen bloß ein methodisches Mittel für den weitergehenden Zweck einer Erkenntnis von Begriffsobjekten bildet. In den Erfahrungswissenschaften ist jede Definition oder Begriffsbildung nur eine unumgängliche Vorarbeit behufs Sicherstellung des zu erforschenden Objektes und behufs seiner Abgrenzung gegenüber anderen Objekten. Sie bezwecken, Erkenntnisse als erschöpfende Abspiegelungen ihrer Gegenstände zu liefern. Zu diesem Behufe fassen sie vorerst bestimmte prominente Eigenschaften derselben in Begriffe zusammen. Nachdem hiedurch das Objekt im Denken als formaler Begriff fixiert ist, füllen sie seinen formalen Rahmen auf synthetischem Wege mit allen seinen sonstigen Eigenschaften und Relationen als Stoffe aus. Sie müssen daher den Gegensatz von Form und Stoff in die Erfahrungsobjekte verlegen. Nur vermöge der Vereinigung der formal-begrifflichen und der außerhalb des Begriffes gelegenen stofflichen Eigenschaften und Relationen der Objekte ergibt sich deren vollständiges erfahrungsmäßiges Wesen. Im Fortschritt einer Wissenschaft mögen irgendwelche Eigenschaften eines Dinges, die bisher nicht im Begriff einbezogen waren, zum Rang eines Begriffsmerkmales erhoben werden. Dann entsteht ein dem bisherigen Begriff untergeordneter neuer Begriff, der seinerseits wieder gegenüber den in ihm nicht enthaltenen Prädikaten des Objektes als dessen Form vorgestellt wird. Der Gegensatz zwischen Form und Stoff ist daher ein relativer, von der jeweiligen Bildung der wissenschaftlichen Begriffe bedingter.

Faßt man zum Beispiel den Begriff des menschlichen Wollens als Zwecksetzung und Zweckverfolgung, so ist damit ein formales Schema gegeben, durch welches der „Wollen" genannte Gegenstand festgelegt wird. Tritt sodann die Aussage hinzu, daß alle menschlichen Zwecke auf die eigene oder

eine fremde Wohlfahrt des Wollenden gerichtet sind, so ist „eigene oder fremde Wohlfahrt" ein Stoff, mit welchem jener Willensbegriff prädikativ verbunden wird, um das volle Erfahrungsobjekt „Wollen" abzuspiegeln. Würde man die Wohlfahrt nicht als bloßen Stoff, sondern als Begriffsmerkmal des Wollens nehmen, so ergäbe sich für dieses ein neuer, dem bisherigen untergeordneter, Begriff, ein neues Ordnungsschema für die bezüglich des menschlichen Wollens gewinnbaren Erkenntnisse.

In gleicher Weise muß die das Recht betreffende Erfahrungswissenschaft vorgehen. Will sie z. B. das Wesen des Eigentums erforschen, so muß sie vorerst einen formalen Begriff von der Gattung „Eigentum" bilden, weil ihr in dessen Ermangelung nicht klar sein könnte, was ihre Aufgabe ist, und in welcher Richtung sie deren Lösung zu suchen habe. Sodann wird sie alles, was, außer den schon im Begriff enthaltenen Merkmalen, vom Eigentume auszusagen ist, zu erforschen bemüht sein, nicht um den Begriff, sondern um die Erkenntnis vom erfahrungsmäßigen Wesen des Eigentums zu vervollständigen.

In diesem Sinne wird in den folgenden Ausführungen das formale und das stoffliche Moment in allen Rechtserscheinungen unterschieden und auseinandergehalten werden. Man kann die Rechtsstoffe als noch unverarbeitete, wie den Marmor als unverarbeiteten Stoff der Bildhauerei, Form und Stoff also getrennt, vorstellen. Tatsächlich geltende Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse aber gleichen den fertiggestellten Bildwerken, sie sind Erfahrungsobjekte, in denen bereits eine gewisse Form und ein gewisser Stoff — wie in Statuen der Marmor und dessen Gestaltung — verbunden vorliegen. Bloß um die sie betreffenden Erkenntnisse in eine dem logischen Denken angepaßte Methode und Ordnung zu bringen, ist es erforderlich, in Ansehung ihrer zunächst formale Begriffe zu bilden und

sodann die nicht zu den Begriffsmerkmalen gehörenden, jedoch erfahrungsmäßig mit ihnen verknüpften Eigenschaften und Relationen festzustellen. Erst aus der Verbindung mit diesen synthetischen Urteilen ergibt sich die volle Erkenntnis vom Wesen der Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse. In ähnlicher Weise wird der Kunstverständige ein Kunstwerk zunächst als rein formales Gebilde beurteilen, und die Materie als etwas zur Form hinzutretendes ansehen, obgleich er wohl weiß, daß nur Form und Materie vereinigt das Kunstwerk sind.

2. Jede menschliche Gesellschaft hat mit den aus willenlosen Elementen zusammengesetzten Organismen und Zweckeinheiten gemein, daß den auf den Bestand des Ganzen, auf die Realisierung der Gemeinschaftszwecke, gerichteten zentripetalen Kräften andere, auf isolierte oder egoistische Zwecke gerichtete, Kräfte der das Ganze konstituierenden Elemente gegenüberstehen. Organismen und Zweckeinheiten bestehen überall nur dadurch, daß die zentripetalen Wirksamkeiten das Übergewicht über die zentrifugalen Wirksamkeiten der Elemente haben und so durchgreifen. Die gesellschaftlichen Organismen oder Zweckeinheiten unterscheiden sich von den der willenlosen Natur angehörenden darin, daß die Elemente der ersteren willensbegabte Wesen sind. Hiedurch werden deren zentripetale Tätigkeiten als soziale charakterisiert, im Gegensatze zu denen ihre egoistischen Tätigkeiten als isolierte erscheinen. Jedes Gesellschaftsmitglied hat und trifft in jedem Falle einer Konkurrenz sozialer mit isolierten Zwecken die Wahl zwischen einem sozialen, den Bestand der Gesellschaft fördernden, und einem dem gesellschaftlichen Zwecke fremden egoistischen Verhalten.

In zahlreichen Gesellschaftsarten überwiegt die Bedeutung der sozialen Zwecke gegenüber den ihnen entgegenstehenden isolierten Zwecken im Bewußtsein ihrer Mitglieder so sehr, daß die letzteren mit der zur Erreichung der gesell-

schaftlichen Zwecke erforderlichen Regelmäßigkeit spontan zurückgedrängt werden. Beispiele solcher, ausschließlich vermöge spontanen Zusammenwirkens ihrer Mitglieder bestehender, Gesellschaften liefern Religionsgenossenschaften, freie Vereinigungen zu ethischen, wissenschaftlichen und sonstigen kulturellen Zwecken.

Anders gestalten sich die Bedingungen für den Bestand einer Gesellschaft dort, wo die Bedeutung der gesellschaftlichen Zwecke jene der isolierten Zwecke und Interessen nicht in dem zur Erhaltung der Gesellschaft erforderlichen Maß überragt. Überall, wo die umfassendsten und stärksten Triebe des individuellen Daseins, wo isolierte wirtschaftliche und erotische Interessen, „Hunger und Liebe", der einzelnen Mitglieder mit sozialen Zwecken in einen Gegensatz treten, wird eine Gesellschaft nur dann Bestand haben, wenn, neben der freien Selbstbestimmung, die Bestimmung durch ein anderes regelmäßiges Verhalten der Mitglieder platzgreift, darin bestehend, daß die zentripetalen oder sozialen Bestrebungen jedes Einzelnen regelmäßig eine Unterstützung, die zentrifugalen oder antisozialen Bestrebungen hingegen regelmäßig eine Hinderung oder Hemmung seitens aller anderen Mitglieder erfahren. Solche Unterstützungen sozialer und Widerstände gegen antisoziale Bestrebungen werden von den Gesellschaftsgenossen teils unmittelbar, teils — und zwar bei fortschreitender Entwicklung der Rechtskultur in stets wachsendem Maße — mittelst der die sozialen Interessen vertretenden Behörden bewerkstelligt. Die Regeln, nach welchen sie stattfinden, sind die Rechtsregeln. Sie begründen für jeden durch sie Unterstützten ein Rechtsverhältnis sozialer Macht und für jeden durch sie Bekämpften ein Rechtsverhältnis sozialer Machtbeschränktheit. Diese Auffassung der Rechtsregeln und

Rechtsverhältnisse bildet das Rückgrat jeder das positive Recht als Realität behandelnden Rechtslehre, weshalb es erforderlich ist, auf die **ihr zugrunde liegenden Begriffe von** „Macht“ und „Machtbeschränktheit“ zurückzugreifen.[32])

Zweifacher Art sind die Voraussetzungen für die Realisierung eines jeden Willenszweckes: zunächst psychische und physische Eigenschaften des Willenssubjektes, sodann äußere, das Wollen begünstigende Umstände. Nur bei günstigen äußeren Umständen kann irgend ein Erfolg, irgend eine Änderung in der Außenwelt durch menschliches Wollen herbeigeführt werden. Die Förderung durch äußere Umstände besteht entweder in unmittelbarer Mitwirkung zu dem vom Willenssubjekte angestrebten Erfolge, oder mittelbar in der Abwehr irgend welcher dem Erfolge entgegenwirkender äußerer Kräfte. Zu den derart einen Willenserfolg bedingenden äußeren Umständen gehören ebenso wohl willenlose Naturerscheinungen, als fremde Willenskräfte, da auch diese in Ansehung des betrachteten Willenssubjektes äußere Erscheinungen sind. Diese Bedingtheit durch äußere Umstände ist ebenso wohl dann konstatierbar, wenn wir ein aktuelles oder wirkliches Herbeiführen eines Willenserfolges, als wenn wir bloß ein potentielles oder mögliches Wirken ins Auge fassen. Durch das Bereitstehen der äußeren Umstände als Mittel für die Erreichung eines menschlichen Zweckes wird, auch wenn der Zweck augenblicklich nicht verfolgt wird, eine Beziehung zwischen dem Willenssubjekt und dem Objekt, in welchem die bezweckte Veränderung vor sich gehen soll, begründet. Dieses Verhältnis heißt Macht, und ist von den dem Willenssubjekt inhärierenden, in ihrer Gesamtheit sein Willensvermögen oder seine Willenskraft bildenden, persönlichen Eigenschaften durchaus zu unterscheiden. Die Kraft des Willens bleibt unverändert, wenn die dem Willenssubjekte

durch äußere Umstände verliehene Macht sich mehrt oder mindert; ebenso wird die letztere durch den Grad der von ihr unterstützten Willenskraft nicht berührt. Dagegen wird die jeweilige Macht des Willenssubjektes durch jede Änderung, die sich in den äußeren Umständen ergibt, betroffen, erweitert oder eingeschränkt. Der Besitz einer zu einem Explosivstoffe leitenden Zündschnur und eines Zünders verleiht dem Besitzer, er sei noch so schwach am Körper oder am Geiste, eine Macht zur Vernichtung der im Explosionsbereiche liegenden Objekte und Änderungen in den äußeren Mitteln vermehren oder vermindern diese Macht. Alle Machtverhältnisse sind somit ihrem Wesen nach, sowohl in ihrem Umfange als in ihrer Intensität, elastisch und der Grund ihrer Elastizität ist nicht im Willenssubjekte, sondern in den sie begründenden äußeren Umständen gelegen.

Ebenso wie die Realisierung eines subjektiven Zweckes durch äußere Umstände gefördert werden kann. können ihr äußere Umstände hemmend oder hindernd im Wege stehen. Die durch günstige Umstände begründete Macht erleidet durch ungünstige Umstände eine Einschränkung. Das Willenssubjekt steht dann auf der einen Seite in einem Verhältnisse der Macht, auf der anderen Seite in einem Verhältnisse der Machtbeschränktheit, in jenem, soferne die den Erfolg fördernden, in diesem sofern die den Erfolg beeinträchtigenden äußeren Umstände in Betracht gezogen werden.

Heben wir nun das rechtsgesellschaftliche Leben der Menschen als eine besondere Art ihres Lebens aus der alles umfassenden Natur heraus, um es zu einem Gegenstande einer selbständigen Wissenschaft zu machen, indem wir ihre Verhaltungsweisen mit und gegen einander in Ansehung der ihnen gemeinschaftlichen Zwecke unter allgemein giltige soziologische Regeln bringen, so zeigt sich eine besondere Art von Machtverhältnissen, in welchen jeder Rechtsgenosse auf Grund des regelmäßigen

Verhaltens aller anderen steht. Diese sozialen Machtverhältnisse werden in der Rechtssprache als „Rechtsverhältnisse“ bezeichnet. Die rechtlichen Machten heißen Befugnisse, die rechtlichen Machtbeschränktheiten heißen Verbindlichkeiten. Der Rechtsbegriff „Verbindlichkeit“ ist vom ethischen Begriff „Rechtspflicht“ streng zu unterscheiden. Rechtspflichten haben die freiwillige Einhaltung der Rechtsregeln und der durch diese begründeten Verbindlichkeiten zum Gegenstande, sind jedoch nicht rechtliche, sondern ethische Verhältnisse (Abschn. VII, Z. 3).[33])

3. Befugnisse und Verbindlichkeiten stehen als soziale Machten und Machtbeschränktheiten im Gegensatze zu den außersozialen, d. i. zu jenen Machtverhältnissen, in denen die Willenssubjekte vermöge irgend welcher außersozialer Erscheinungen stehen. In gleicher Weise, wie wir von Naturwissenschaften im Gegensatze zu den sozialen Wissenschaften, und von Gesetzen oder Regeln der Natur im Gegensatze zu jenen des gesellschaftlichen Lebens sprechen, dürfen wir auch die unübersehbare Masse der außersozialen Machtverhältnisse sprachlich als „natürliche“ den „sozialen“ entgegensetzen. Nur muß dabei stets beachtet bleiben, daß die Bezeichnung „natürliche“ hier auch jene Machtverhältnisse umfaßt, welche durch isolierte Willenstätigkeiten anderer Menschen gesetzt sind, weil es sich hier nicht um den Gegensatz zwischen „Mensch“ und „Natur“, sondern um den Gegensatz zwischen „Gesellschaft“ und „Natur“ handelt. Daß irgend ein Individuum oder auch eine Gruppe von Individuen Andere bei einem Vorhaben unterstützen oder behindern, ist eine, vom Standpunkte der Rechtsgesellschaft betrachtet, zufällige und isolierte Erscheinung, auch wenn sie sich öfters wiederholt. Daß aber Vorhaben irgend welcher Art von

allen gesellschaftlichen Genossen als solchen regelmäßig unterstützt oder behindert werden, beruht auf Regeln des gesellschaftlichen Zusammenwirkens und Gegeneinanderwirkens, die als soziale Regeln von den das individuelle Leben beherrschenden Regeln ganz verschieden sind und einer besonderen, nämlich der rechtlich soziologischen Betrachtungsweise unterliegen.

Der Begriff „rechtlich soziale Macht" umfaßt ferner nicht, oder doch nicht schlechthin, jene Macht, die einzelnen Gruppen oder Klassen einer Gesellschaft in der Richtung, die Gesetzgebung zu beeinflussen, zusteht. Solange solche Machten nicht aus einem regelmäßigen Verhalten der Rechtsgenossen resultieren, können sie bloß auf körperlichen oder geistigen Kräften, die der Gruppe oder Klasse unterstützend zur Seite stehen, beruhen, sind somit keine rechtlich sozialen, sondern natürliche Machten. Als solche mögen sie die Gesetzgebung beeinflussen und für die Entstehung neuen Rechtes im Zusammenhange mit den Motivationen, aus denen alle Rechtsquellen bestehen (Abschn. VIII, Z. 1), in Betracht kommen. Insofern bilden sie einen Gegenstand, mit dem sich die allgemeine Lehre von den Rechtsquellen zu befassen hat. Einen Bestandteil des positiven Rechtes aber würden sie erst dann bilden, wenn der Einfluß, den sie auf die Gesetzgebung oder sonstige Rechtsbildung üben, sich zu einem konstanten und regelmäßigen gestaltete, d. h. wenn die Rechtsgenossen sich ihm regelmäßig unterwürfen. Unter dieser Voraussetzung wäre die bis dahin nur natürliche Macht der betreffenden Gruppe oder Klasse zu einer behördlichen geworden. Die Grenze zwischen sporadischer natürlicher und regelmäßiger sozialer Wirksamkeit kann auch hier nicht scharf gezogen werden. Gleichwohl schöpft derselbe Verstand, welcher z. B. zwischen einer öfters gebrauchten Wortfügung und einer Sprachregel, allgemeiner gesagt

zwischen mehreren gleichmäßigen Sukzessionen oder Koexistenzen und einer Regel von Sukzessionen oder Koexistenzen unterscheidet, das Urteil darüber, ob eine vorübergehende natürliche oder eine im gesellschaftlichen Leben wurzelnde rechtliche Macht vorliegt. Letzteren Charakter kann die Macht einer Gruppe oder Klasse nicht nur dann annehmen, wenn sie in ein Rechtsgesetz aufgenommen wird, sondern auch dann, wenn sie sich zu einer Rechtsgewohnheit entwickelt hat. Die Macht der englischen Parlamente hat sich allmählich im Wege der Rechtsgewohnheit aus einer natürlichen zu einer rechtlichen herausgebildet; hätte das römische Prätorianertum eine so konstante und gleichmäßig andauernde Macht besessen, daß deren Fortdauer vorausgesagt werden konnte, so wäre ihm der Charakter einer gewohnheitsrechtlichen Institution beizumessen gewesen.[34])

Durch den Bestand einer Befugnis als sozialer Macht wird die Realisierung des Willenserfolges unterstützt, aber nicht schlechthin gesichert, weil die Realisierung trotz der sozialen Unterstützung durch außersoziale Umstände verhindert oder zeitweilig gehemmt werden kann. Für die soziologische Betrachtung sind außersoziale oder natürliche Machtverhältnisse zufällige Nebenerscheinungen, die außerhalb des Bereiches ihrer Begriffsbildungen liegen. Sie befaßt sich bloß mit den durch das gesellschaftliche Zusammenleben begründeten sozialen Möglichkeiten von Willenserfolgen ohne Unterschied, ob letztere im einzelnen Falle realisiert oder durch im einzelnen Fall entgegenstehende Machtbeschränkungen an der Realisierung verhindert werden.

Gleiches gilt von den Verbindlichkeiten als sozialen Machtbeschränktheiten. Jemand mag rücksichtlich eines von ihm vorgestellten Willenserfolges zufolge der Gunst außersozialer Umstände mit einer großen natürlichen Macht ausgestattet sein. Aber seine Gesellschaftsgenossen wider-

setzen sich mit den ihnen zur Verfügung stehenden Kräften einer Regel nach der Verwirklichung jenes Erfolges. Ob bei einer solchen Divergenz die natürliche Macht oder die soziale Machtbeschränkung im konkreten Falle überwiegen wird, ist für den Bestand der letzteren nicht entscheidend. Ungeachtet der natürlichen Macht des Willenssubjektes steht dieses zugleich in einem Verhältnisse sozialer Machtbeschränktheit, das ein selbständiges Vorstellungsobjekt ist.

Wo Regeln eines, soziale Machten und soziale Machtbeschränktheiten begründenden, sozialen Verhaltens und infolge dessen sozialer Machtverhältnisse fehlen würden, wären die Willenserfolge jedes Einzelnen, — ausschließlich durch die Gunst oder Ungunst der in jedem Falle obwaltenden außersozialen Umstände bedingt, — den mannigfaltigsten Störungen durch außersoziale Willensbestrebungen Anderer ausgesetzt. Es ergäbe sich jener, den kontradiktorischen Gegensatz des friedlichen Gesellschaftslebens darstellende; Zustand, der schon von Grotius auf das Treffendste als bellum omnium contra omnes charakterisiert wurde. Nicht anders kann ein solcher Zustand vermieden, nicht anders ein Rechtsleben ermöglicht werden, als dadurch, daß, neben und gegenüber den Gesetzen und Regeln der außersozialen Natur und den daraus entspringenden natürlichen Machtverhältnissen, Rechtsregeln als Regeln eines sozialen Verhaltens der Rechtsgenossen, durch welche soziale Machtverhältnisse begründet werden, in tatsächlicher Geltung stehen.

Wir gelangen somit zu folgenden Begriffsbestimmungen:

Rechtsregeln sind Regeln sozialer Unterstützungen und Hemmungen (Widerstände); ihre Gesamtheit ist das positive Recht; die Rechtsverhältnisse (Befugnisse und Verbindlichkeiten) sind soziale Machtverhältnisse; Rechtsordnung ist soziale Machtordnung.

4. Ebenso wie die Rechtsregeln sind die Rechtsverhältnisse und die aus ihnen zusammengesetzten Rechtsgesellschaften Erfahrungsobjekte. Die Zulässigkeit dieser Auffassung wird gemeiniglich aus dem Grunde bestritten, weil die Rechtsverhältnisse keine Glieder im Kausalzusammenhange der Natur, an dem nur sinnlich wahrnehmbare Erscheinungen teilnehmen, sind. Die Normentheorien folgern aus dem Mangel sinnlicher Wahrnehmbarkeit der Rechtsverhältnisse, daß sie nur auf Normen beruhen können, und beschuldigen die empirische Rechtslehre eines Mangels am Verständnisse des Gegensatzes zwischen Seiendem und Seinsollendem.

Gewiß ist es sehr unangebracht, die Rechtserscheinungen mittelst einer sogenannten „naturwissenschaftlichen Methode" den Objekten sinnlicher Wahrnehmungen gleichzustellen und, metaphorisch spielend, Rechtserscheinungen unter Kausalbegriffe zu bringen. Zugleich aber ist nichts grundloser und irreführender als die Meinung, daß es keine anderen Tatsachen gibt, als sinnlich wahrnehmbare und kausal wirkende, und daß aus diesem Grunde dem Recht und den Rechtsverhältnissen erfahrungsmäßige Tatsächlichkeit abzusprechen sei. Sinnliche Wahrnehmbarkeit und Tatsächlichkeit sind nicht ein und dasselbe. Jene ist der engere, diese der weitere Begriff. Alles sinnlich Wahrnehmbare gehört der seienden Welt an, aber nicht alles Seiende oder Tatsächliche ist sinnlich wahrnehmbar. Auch jene Bestandteile der Erfahrungswelt, welche bloß mit dem Verstande erfaßbar sind, gehören der Welt des Seienden, nicht der Welt des Seinsollenden an. In ihren Bereich fallen die Relationen, in denen Erkenntnisobjekte zu anderen Objekten stehen.[35])

Der Einsicht, daß Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse die Elemente des rechtsgesellschaftlichen Lebens bilden, hat sich die Rechtswissenschaft niemals verschlossen. Umso auffälliger ist es, daß sie, mit dem Ausdrucke und Begriffe „Rechtsverhältnis" unablässig arbeitend, die Klarstellung

des allgemeinen Begriffes „V e r h ä l t n i s" vernachlässigt hat. Infolge dessen herrschen über das Wesen der Rechtsverhältnisse ebenso mannigfaltige als verworrene Vorstellungen.

Schon die Verbindung mehrerer Sinnesempfindungen, welche durch ein Erfahrungsobjekt hervorgerufen wird, zu einer Einheit kommt nicht durch sinnliche Wahrnehmungen, sondern durch Verstandestätigkeit zustande. Es können auch mehrere Erfahrungsobjekte unter einander durch Verstandesfunktionen zu einem neuen einheitlichen Objekte, in welchem jene nur mehr als Bestandteile in Betracht kommen, verbunden werden. So entsteht aus der Zusammensetzung verschiedener Dinge ein Haus oder eine Maschine, aus der Verknüpfung zeitlich aufeinander folgender Ereignisse eine einheitliche Begebenheit z. B. Reise, Schlacht u. dgl.

Eine Verbindung mehrerer Erfahrungsobjekte kann aber vom Verstande auch derart vollzogen werden, daß die Erfahrungsobjekte, ungeachtet ihrer Verbundenheit, s e l b s t ä n d i g e V o r s t e l l u n g s o b j e k t e bleiben. Aus dieser Art verstandesmäßiger Verbindungen erwachsen neue einheitliche, ebensowohl individuell wie generell faßbare, Vorstellungen, die einen andern Charakter an sich tragen, als jene Einheiten, in welchen die synthetisch verbundenen Objekte als selbständige Wesen aus unserem Bewußtsein verschwinden. Bei den in einer Relation zu einander stehenden Gegenständen oder Vorgängen bleibt jeder derselben, was er bisher war, ein in sich abgeschlossenes, für sich allein wahrnehmbares, verursachtes und verursachendes, Erfahrungsobjekt. Es wird ihnen durch die Relation keine neue Eigenschaft, wohl aber ein neues Prädikat, eben ihr wechselseitiger Zusammenhang beigelegt, der ein selbständiges, neben den ihm unterzogenen Gegenständen gegebenes, Erkenntnisobjekt bildet.[36])

Die Bestimmung des Begriffes „Verhältnis" als W e c h s e l w i r k u n g der in ihm verbundenen Gegenstände wäre

ganz unzureichend. Auch die einseitige Wirkung eines Gegenstandes auf einen andern ohne Gegenwirkung, ja auch schon die bloße Möglichkeit einer Wechselwirksamkeit oder einer einseitigen Wirksamkeit begründet ein Verhältnis. Das Kausalverhältnis ist nur eine der zahlreichen Verbindungsarten getrennter und getrennt verstellbarer Gegenstände. Jedes Nebeneinandersein im Raume und jedes Nacheinandersein in der Zeit, jeder Parallelismus von Linien, jede Tiefe und Höhe, jede Freundschaft oder Feindschaft, so auch jedes Zusammenwirken und jedes Gegeneinanderwirken stellt ein Verhältnis tatsächlicher Natur dar, welches, obgleich zwei oder mehrere sinnlich wahrnehmbare Gegenstände miteinander verbindend, doch an sich selbst nicht mit den Sinnen wahrgenommen wird. Es führt kein Aufgehen der wahrgenommenen Erscheinungen, keine Verschmelzung (juristisch gesprochen keine „Spezifikation") derselben, die sie zu Bestandteilen eines neuen Gegenstandes machen und ihrer Selbständigkeit berauben würde, mit sich.

Wie bei allen auf Erfahrung beruhenden Klassifikationen und Begriffsbildungen Übergangsarten gegeben sind, deren Zuweisung zu der einen oder anderen Klasse unsicher ist, so ist zuweilen auch nicht mit Sicherheit zu bestimmen, ob im Bewußtsein ein einziges zusammengesetztes Erfahrungsobjekt oder ein Verhältnis mehrerer einheitlicher Erfahrungsobjekte vorliege. Dreieck ist die Vorstellung eines einzigen Dinges. Werden die drei Ecken um ein noch so geringes, wenn auch nur fürs bewaffnete Auge wahrnehmbares, Teilchen abgefeilt, so verbleiben drei Seiten, als selbständige, untereinander in einem räumlichen Verhältnis stehende Dinge. Einem mit besonders scharfen Sinnen begabten Beurteiler ist eine Distanz in der zeitlichen Aufeinanderfolge von Tönen noch wahrnehmbar in Fällen, wo für andere eine Konstanz gegeben ist. In ähnlicher Weise kann die Frage, ob eine, aus der Vereinigung mehrerer Objekte zu einem einheitlichen

Dinge oder Vorgange hervorgegangene, Kollektiveinheit oder aber ein Verhältnis mehrerer Erfahrungsobjekte vorliege, von einzelnen Personen nach ihren subjektiven Gesichtspunkten bis zu einem gewissen Grade verschieden beantwortet werden. Der in einem Walde Stehende wird den Wald nicht vor lauter Bäumen, der vom Walde Entfernte wird die Bäume nicht vor dem Walde sehen. Gleichwohl kann von einem objektiven Vorhandensein der einen oder der anderen Kategorie insoferne gesprochen werden, als eine verstandesmäßige Regel der Beurteilung obwaltet. Diese Grundlage genügt für eine systemisierende Ordnung der Erfahrungserscheinungen, das ist für eine Erfahrungswissenschaft, weil Erfahrungsbegriffe nur eine empirische Regelmäßigkeit erheischen, und eine solche bei den einschlägigen Beurteilungen stattfindet. So mag auch darüber eine Meinungsverschiedenheit bestehen, ob der Begriff „Gesellschaft" insbesondere „Rechtsgesellschaft" ein einheitliches Vorstellungsobjekt oder ein Verhältnis der Gesellschaftsgenossen untereinander darstelle. Ein solcher Meinungsstreit ist für die Möglichkeit einer Erfahrungswissenschaft vom Recht von keiner maßgebenden Bedeutung, ebensowenig, wie etwa der Streit darüber, ob ein Korallenbaum als ein selbständiges Einheitswesen oder als ein Komplex vieler Einzelwesen anzusehen sei, dessen naturwissenschaftliche Erkenntnis hindert.

Da nur sinnlich wahrnehmbare Erscheinungen sinnlich wahrnehmbare Wirksamkeiten haben, so bilden die Verhältnisse keine Glieder im Kausalzusammenhange der Natur. Ihre Entstehung, Änderung oder Aufhebung wird nicht verursacht und Verhältnisse verursachen nichts. Wenn im gemeinen Sprachgebrauche Verhältnissen Kausalität zugeschrieben wird, so ist dies eine Metapher. In Wirklichkeit sind es nur die in Verhältnissen stehenden Dinge, welche verursacht werden, und welche neue Erscheinun-

gen verursachen. Nicht der Parallelismus, sondern die parallelen Linien werden durch die Zeichnung verursacht; nicht die Feindschaft verursacht schädigende Angriffe, sondern die im Verhältnisse der Feindschaft Stehenden; nicht die Regelmäßigkeiten oder Unregelmäßigkeiten von Vorgängen, sondern die Vorgänge selbst sind Glieder der Kausalkette.

Alle geistigen Tätigkeiten, des Anschauens sowohl wie des Denkens, soferne sie Regeln unterliegen, können die Grundlage eines Verhältnisses abgeben. Aus den Verschiedenheiten der ihre Grundlage bildenden Regeln resultieren die Verschiedenheiten der Verhältnisse. Religiöse und ethische Verhältnisse beruhen auf religiösen und ethischen Normen, räumliche und zeitliche Verhältnisse auf den Gesetzen der Anschauung von Raum und Zeit, Kausalverhältnisse auf den Gesetzen der Aufeinanderfolge der Naturerscheinungen. In gleicher Weise beruhen alle sozialen Verhältnisse, und unter diesen die, im Vorangehenden als soziale Machtverhältnisse charakterisierten, Rechtsverhältnisse auf Regeln des Verhaltens der Gesellschaftsmitglieder.

5. Die Geltung von Regeln sei es isolierter, sei es sozialer Verhaltungsweisen ist nicht davon bedingt, daß die an diesem Teilnehmenden sich des Gedankeninhaltes der Regeln bewußt und gerade durch dieses Bewußtsein zum regelmäßigen Verhalten bestimmt werden. Die den Gegenstand der Regeln bildenden Verhaltungsweisen können auch aus anderen Motivationen mannigfacher Art hervorgehen. Demgemäß involvieren die einzelnen sozialen Unterstützungen und Hemmungen, aus deren verstandesmäßiger Zusammenfassung eine Rechtsregel resultiert, keineswegs die Kenntnis von dieser Rechtsregel und von den in ihr enthaltenen Rechtssätzen. Eine ihrem Inhalte nach objektiv und mit dem Inhalte einer Rechtsregel übereinstimmende Gerichtsentscheidung oder behördliche Maßnahme bildet ein Glied der „Rechtsregel“ genannten Verstandeskette, ist

also regel- und rechtmäßig auch dann, wenn ihr Autor sich der Übereinstimmung nicht bewußt oder nicht durch das Streben nach dieser bestimmt worden wäre. Auch in diesem Punkte unterscheidet sich unsere Auffassung vom Wesen der Rechtsregeln sehr erheblich von jener, welche die Rechtsregeln als von den Rechtsgenossen anerkannte normative Willensinhalte oder Rechtssätze erklärt.

So gewiß die Annahme fiktiv ist, daß die abstrakten Gesetzesinhalte von den Rechtsgenossen aufgestellt, erfaßt oder anerkannt werden, ebenso gewiß ist es keine Fiktion, sondern eine Erfahrungstatsache, daß im rechtsgesellschaftlichen Leben die Willensbestrebungen der einzelnen Rechtsgenossen seitens der anderen Rechtsgenossen oder seitens der die sozialen Interessen vertretenden Behörden teils Förderungen teils Widerstände erfahren, und daß diese Verhaltungsweisen Regeln unterliegen, deren sich die Rechtsgenossen zumeist nur in sehr geringem Maße bewußt sind.

Freilich erfolgen die Beihilfen und Bekämpfungen, besonders in vorgeschrittenen Kulturperioden größtenteils nicht u n m i t t e l b a r durch die Rechtsgenossen als Elemente der Rechtsgesellschaft, sondern durch b e h ö r d l i c h e P e r s o n e n als deren Organe. Unmittelbares soziales Eingreifen der Rechtsgenossen behufs Abhaltung oder Überwindung rechtswidrigen Verhaltens (geschützte Selbsthilfe, Volksjustiz) kommt als regelmäßige soziale Erscheinung gewöhnlich nur in kleineren Rechtsgesellschaften, und auch in diesen nur in primitiven Entwicklungsstadien. vor. Sobald die Rechtsentwickelung aus ihren ersten Anfängen vorschreitet, findet, — ähnlich wie bei der Entwickelung natürlicher Lebewesen —, eine Organisation statt, in der die Wahrung der sozialen Interessen einzelnen hiezu ausersehenen Gesellschaftsmitgliedern, den Behörden, anheimgegeben ist. Aber a u c h d i e b e h ö r d l i c h e n F u n k t i o n e n s i n d B e t ä t i g u n g e n s o z i a l e r M a c h-

ten, die den Behörden durch regelmäßiges Verhalten der Rechtsgenossen verliehen sind und ohne Regeln eines solchen unmöglich wären. Wer immer durch sein Verhalten zu dem Bestande einer Behörde und zu deren rechtlichen Machten beiträgt, wirkt dadurch an der organischen Gestaltung der Rechtsgesellschaft und an den alle Rechtsverhältnisse begründenden Rechtsregeln mit. Deswegen kann die soziale Machtordnung des Rechtes auch als soziale Machtorganisation bezeichnet werden.[37])

Ebenso wie in der außersozialen Natur zu jeder Art von Erscheinung neben den unmittelbaren auch mittelbare, neben den nächsten auch entfernte Ursachen, mitwirken, bilden im Rechtsleben die entfernteren nicht minder als die näheren sozialen Verhaltungsweisen Grundlagen der rechtlichen Erscheinungen. Die Meinung, daß ein rechtliches Zusammenleben und die darin gegebenen Rechtsverhältnisse bloß durch die Tätigkeit der Behörden insbesondere durch von diesen geübte Zwangsakte zustande kommen, übersieht, daß auch die behördlichen Tätigkeiten Rechtsregeln zur Grundlage haben müssen, um rechtmäßig zu sein. Diese Zurückführung des rechtlichen Zusammenlebens auf Regeln wechselwirkenden Verhaltens aller Rechtsgenossen entspricht dem alle Erfahrungserkenntnis durchdringenden Prinzip eines universellen, sämtliche dem jeweils betrachteten Gebiete angehörenden Erscheinungen umfassenden, Zusammenhanges, der im Rechtsleben in gleicher Weise besteht, wie in jedem anderen ein einheitliches Ganzes bildenden Komplexe von Erscheinungen.

6. Für den Bestand und die Erfassung dieses universellen Zusammenwirkens ist nach dem Gesagten nicht etwa die überwiegende Mehrheit unter den Rechtsgenossen, sondern eine überwiegende Mehrheit der Verhaltungsweisen der Rechtsgenossen maßgebend. Daß eine Rechtsregel tatsächlich gilt, bedeutet

nichts anderes als die durch stete Erfahrung festgestellte Tatsache, daß bei den innerhalb einer Rechtsgesellschaft zutage tretenden Kollisionen zwischen natürlichen und rechtlichen Machten in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle die letzteren und mit ihnen die sozialen Interessen obsiegen, also zur Betätigung gelangen; nicht aber daß eine Mehrzahl der Rechtsgenossen sich des Inhaltes der Rechtsregeln bewußt sei, und sie in allen ihnen begegnenden Fällen betätige. Das Prinzip einer Personenmehrheit ist daher aus der Vorstellung „Rechtsregel“ gänzlich auszuscheiden. Ihre Kettenglieder sind nicht Willenssubjekte, oder deren Seelencharaktere, sondern deren Willensbetätigungen, die unter verschiedenen Umständen und Einflüssen und zu verschiedenen Zeiten bei einem und demselben Menschen oder bei Menschen gleichartiger Charakteranlagen differieren und bei Willenssubjekten entgegengesetzter Charaktere übereinstimmen können. Der Begriff „Gesamtwille“ ist nur dann ein wissenschaftlich faßbarer und verwendbarer, wenn man ihn nicht als ein aus der Gesamtheit der Rechtsgenossen resultierendes Willenssubjekt, sondern als Gesamtheit regelmäßiger Willensbetätigungen der Rechtsgenossen definiert.[38])

Soziale Unterstützungen und Hemmungen können auch vereinzelt, in regelloser, unrechtmäßiger Weise, stattfinden, sei es schuldbar (z. B. bei behördlichen Übergriffen), sei es unverschuldet (z. B. bei Fehlurteilen). Zufolge der Rechtsregel der Rechtskraft mögen unrichtige behördliche Entscheidungen oder Verfügungen neue Rechtsverhältnisse schaffen. Hiedurch wird jedoch ihre Regellosigkeit oder Unrechtmäßigkeit nicht aufgehoben. Sie sind dann bloß Rechtsgeschäfte, die auf Grund einer ihnen vorausgehenden Rechtsregel der Rechtskraft subjektives Recht, aber kein neues objektives Recht zuwege bringen. Denn objektives Recht ist eine Verstandessynthese, die nur auf Grund

der Vorstellung von einer Kette gleichmäßiger sozialer Unterstützungen und sozialer Widerstände zustande kommt.

In der Rechtsliteratur wird des öfteren die Frage ventiliert, ob das Recht im objektiven Sinne den einzelnen Rechtsverhältnissen (subjektiven Rechten und Verbindlichkeiten), oder umgekehrt diese jenen, in der wissenschaftlichen Gedankenreihe vorausgehen. Die Frage ist unrichtig gestellt. Rechtsverhältnis kann nichts anderes bedeuten, als ein durch objektives Recht begründetes Verhältnis, setzt also notwendig objektives Recht als seinen Grund voraus.[39]) Ein wissenschaftliches Problem enthält nur die richtiggestellte Frage, ob die einzelnen sozialen Unterstützungen und Hemmungen, in deren Regelmäßigkeiten das positive Recht besteht, insbesondere ob die behördlichen Entscheidungen und Verfügungen den Rechtsregeln im Gedankensystem vorausgehen oder nachfolgen.

Die einzelnen sozialen Unterstützungen und Hemmungen stehen zu den Rechtsregeln in einer gleichen Beziehung, wie es jene ist, die bei allen Erfahrungsregeln zwischen diesen und den ihnen unterliegenden Erscheinungen obwaltet. Die Frage, ob der Verstand zuerst die Regel und dann die Regelfälle oder zuerst diese und dann jene erfaßt, taucht bei den Regeln natürlicher Erscheinungen in derselben Weise wie bei den Rechtsregeln auf. Überall kommt es auf den Standpunkt der Betrachtung an. Prüft man, wie eine Regel als Vorstellungsobjekt zustande kommt, so muß man von den sie konstituierenden Einzelheiten ausgehen. Andererseits muß die Vorstellung „Regel" bereits gegeben sein, um Einzelheiten als regelhafte qualifizieren zu können. Eine ähnliche Reziprozität obwaltet bei Kollektiveinheiten. Wir gelangen zu deren Vorstellung nur auf Grund synthetischer Zusammenfassung der sie konstituierenden Einzelobjekte, die somit insoferne dem Ganzen logisch vorausgehen; andererseits können wir die Einzelobjekte nicht als Glieder des Ganzen

vorstellen, ohne vorher das Ganze erfaßt zu haben. In sich widersprechend wäre eine derartige wechselseitige Bedingtheit zwischen Einzelheiten und deren Zusammenfassung in Kollektiveinheiten oder in Regeln nur dann, wenn man sie fälschlich unter die Verstandeskategorie der Kausalität bringen wollte, weil dieser das Moment der zeitlichen Aufeinanderfolge anhaftet, und ein zeitlich Vorausgehendes nicht zugleich ein zeitlich Nachfolgendes sein kann. Regel und Regelfall stehen jedoch untereinander (ebenso wie Kollektiveinheit und deren Bestandteile) bloß in einer verstandesmäßigen Ordnung, welche zweierlei Gedankengänge, den von den Einzelheiten zur Regel und den von der Regel zu den Einzelheiten schreitenden, gleichmäßig zuläßt.

Demgemäß finden auch rücksichtlich der Rechtsregeln beide Betrachtungsweisen Raum und Anwendung. Da das Wesen der Rechtsregeln — mögen Gesetz und Gehorsam, Rechtsgewohnheit und Rechtsgefühl ihre Quelle sein — in der Aussage besteht, daß unter gewissen Umständen gewisse soziale Unterstützungen oder Hemmungen platzgreifen, so setzt jede Rechtsregel irgend eine besondere Art sozialer Unterstützungen oder Hemmungen voraus. Die Vorstellung einer sozialen Unterstützung oder Hemmung an sich enthält bloß die ihr als einer isolierten Begebenheit anhaftenden Eigenschaften. Daß sie als eine regelmäßige oder rechtmäßige erfaßt wird, ist nur nach vorgängiger Setzung dieses Prädikates, das ist auf Grund einer Rechtsregel, möglich.

Die zwei Betrachtungsweisen bedingen einander wechselseitig, in ähnlicher Weise wie logische Induktion und Deduktion. Nur daß die Induktion auf dem Rechtsgebiete nicht exakte Gesetze, sondern bloß empirische Regeln liefert, weil sie ihre Einzelerscheinungen nicht in so erschöpfendem Maße zu analysieren vermag, wie die Naturwissenschaften die ihrigen. Sowie Induktion und Deduktion überhaupt, haben

auch in der Rechtswissenschaft die Gedankengänge von den Einzelheiten zur Regel und von der Regel zu den Einzelheiten ein und dasselbe wissenschaftliche Ziel, die Übereinstimmung zwischen dem Individuellen und dem Allgemeinen herzustellen und zu begreifen. Es ist von Wichtigkeit hervorzuheben, daß in der soziologischen Rechtswissenschaft, ebenso wie in jeder anderen Erfahrungswissenschaft, beide logische Methoden anwendbar sind, während Normen- und Imperativentheorien, ihrem Wesen nach, nur eine deduktive Methode, Schlußfolgerungen aus den Gedankeninhalten vorausgesetzter Forderungen zulassen.

7. Die Erklärung der Befugnisse als soziale Machten und der Verbindlichkeiten als soziale Machtbeschränkungen führt zur Lösung der alten Streitfrage, ob Erzwingbarkeit ein Merkmal im Rechtsbegriffe bilde oder zu dieser nur akzidentell hinzutrete. Daß weder die Normen- noch die Imperativentheorie den Rechtsbegriff in diesem sein innerstes Wesen betreffenden Punkte außer Streit zu stellen vermögen, ist an sich ein Beweis ihrer Insuffizienz. Sie leiden rücksichtlich seiner an einer unvermeidlichen Divergenz ihres Prinzipes von den daraus zu erklärenden Erscheinungen des Rechtslebens. Einerseits geht offenbar jede Forderung ihrer Realisierung als eine selbständige Wesenheit voraus, sie bleibt dieselbe, gleichviel ob ihr Gehorsam gezollt wird oder nicht und ob der etwaige Gehorsam durch einen Zwang, d. h. durch die Furcht vor einem, für den Fall der Nichtbefolgung angedrohten, Übel oder durch irgendwelche sonstige Vorstellungen und Gefühle motiviert ist. Andererseits steht es nicht minder außer jedem Zweifel, daß heteronome Forderungen für sich allein ihre Befolgung nur bei abnorm willensschwachen Menschen, also nicht regelmäßig, bewirken und daß es erfahrungsmäßig noch niemals eine des Zwangsmotivs entbehrende Rechtsordnung gegeben hat.

Das unvermeidliche Schwanken zwischen diesen einander gegenüberstehenden Erwägungen hat zur Folge, daß in fiktiver Redeweise der Ausdruck Zwang auf Arten der Rechtsbetätigung ausgedehnt wird, die gar nicht in Handlungen und Unterlassungen derjenigen, an welche man sich die Normen oder Befehle gerichtet denkt, sondern in Handlungen anderer, insbesondere behördlicher Personen, bestehen. Der sogenannte „unmittelbare" oder „physische" Zwang, mittelst dessen ein Rechtszweck unter Umgangnahme vom Willen des Normenadressaten realisiert wird (z. B. bei Leibesstrafen), trägt seinen Namen fälschlich; denn der ihm Unterliegende wird zu keiner Handlung oder Unterlassung gezwungen, er wird als willenloses Werkzeug behandelt. Noch weniger kann von einem Zwang in jenen Fällen die Rede sein, wo ein Rechtszweck zum Nachteile des Normadressaten ohne jede, wäre es auch nur physische, Inanspruchnahme desselben betätigt wird (z. B. bei Urteilsvollstreckung mittelst Wegnahme von Sachen, mittelst Schaffung exekutiver Pfandrechte, Akte der Selbsthilfe, Kompensationen usw.). Die Einreihung derartiger Rechtsbetätigungen unter den Begriff des „Zwanges" ist eine rein fiktive Ausdrucksweise.

Die Schwierigkeiten des Problems verschwinden und der Zusammenhang, in welchem das positive Recht zum rechtlichen Zwange steht, erlangt volle Aufklärung, wenn das begriffliche Wesen des Rechtes in der Regelmäßigkeit sozialer und soziale Machtverhältnisse begründender Verhaltungsweisen gefunden wird. „Soziale Macht" umfaßt alle Arten der Abwehr und Bekämpfung objektiv vorliegender antisozialer Verhaltungsweisen einzelner Rechtsgenossen, mögen sie mittelst Hervorrufung von Zwangsmotiven oder durch andere Mittel erfolgen, in sich. Denn Macht bedeutet Möglichkeit der Realisierung eines Zweckes und soziale Macht bedeutet eine durch soziales Verhalten verliehene und gegenüber antisozialem Verhalten wirksame Macht. In ihre Sphäre fallen so-

ziale Zwangsmaßnahmen ebenso wie alle anderen Arten sozialer Machteinschränkungen als Mittel für soziale Zwecke. Der Rechtsbegriff schließt zwar die Möglichkeit der Realisierung von Rechtszwecken im Wege des Zwanges ein, darf aber auf diese Art sozialer Machtbetätigung nicht beschränkt werden.[40])

8. Alles Wollen ist durch stoffliche Zwecke näher bestimmt. Genau derselben Determinierung, wie ein unterstütztes oder bekämpftes Wollen unterliegt notwendigerweise auch das auf dessen Unterstützung oder Bekämpfung gerichtete Wollen und Verhalten Anderer, demgemäß auch jede hieraus resultierende Macht oder Machtbeschränktheit. Ein fremdes Wollen unterstützen oder bekämpfen bedeutet ebensoviel, als die Realisierung der von ihm bezweckten Erfolge fördern oder sich ihr entgegensetzen, schließt daher affirmativ oder negativ ganz denselben Zweckstoff in sich, wie das geförderte oder bekämpfte Wollen selbst. Jede Rechtsbefugnis und jede Rechtsverbindlichkeit betrifft daher ein Interesse, einen Wohlfahrtszweck, zu dessen Förderung bzw. Bekämpfung sie bestimmt sind. Diese den Zweckstoff der formalen Befugnisse und Verbindlichkeiten bildenden Interessen können solche des Befugten bzw. Verbundenen selbst oder Interessen dritter Personen, zu deren Vertretung jener berufen ist, sein.[41])

Wie Kollektivbegriffe gibt es Kollektivzwecke. Der Kollektivbegriff umfaßt eine Mehrzahl von Einzelbegriffen, der Kollektivzweck eine Mehrzahl von Einzelzwecken. Den stofflichen Inhalt der meisten Arten von Rechtsverhältnissen bilden Kollektivzwecke und aus jedem solchen Rechtsverhältnis resultieren ebenso viele Einzelbefugnisse, als sein Kollektivzweck Einzelzwecke umfaßt. Hieraus ergibt sich der Unterschied zwischen den Begriffen Befugnis und subjektives Recht. Subjektives Recht ist das Rechtsverhältnis vom Standpunkte seines Macht-

und Interessensubjektes aus betrachtet, die Stellung, welche dieses im Rechtsverhältnisse einnimmt. Wenn einem Rechtsverhältnis ein Kollektivzweck zugrunde liegt, so ist es, als subjektives Recht angesehen, ein Kollektivbegriff, der sämtliche dem Rechtsverhältnis entspringenden Befugnisse in eine einheitliche Vorstellung zusammenfaßt.

Immer aber werden die den stofflichen Inhalt rechtlicher Befugnisse und Verbindlichkeiten bildenden Einzelinteressen in der Rechtsordnung nicht um ihrer selbst willen, sondern zwecks Wahrung sozialer Interessen, also nur deshalb, weil sie, nach den jeweils die Rechtsquellen beherrschenden Anschauungen, mit einem sozialen Interesse regelmäßig übereinstimmen oder kollidieren, mit einer sozialen Macht ausgestattet oder einer sozialen Machtbeschränkung unterworfen. Die regelmäßige Förderung oder Bekämpfung von Einzelinteressen gibt nur einen Mittelzweck ab für den Endzweck der Wahrung eines sozialen Interesses. Rücksichtlich der Befugnisse und Verbindlichkeiten des öffentlichen Rechtes ist dies von selbst einleuchtend, weil schon im Worte „öffentlichrechtlich" eingeschlossen ist, daß sie dem Einzelnen nur sozialer Zwecke wegen zukommen. Rücksichtlich des Privatrechtes wird es, zum Nachteile sowohl der Rechtserkenntnis als der Rechtsanwendung, oft verkannt. Die rechtliche Förderung und die rechtliche Beschränkung privater Interessen werden fälschlich als Selbstzwecke angesehen, während sie, generell betrachtet, zwecks Wahrung sozialer Interessen stattfinden.

Die Rechtsgesetze freilich greifen hiebei, absichtlich oder unabsichtlich, oft fehl. Sie fordern, sei es in der irrigen Meinung, sei es unter dem Vorwande, damit einem sozialen Zwecke zu dienen, den Schutz von Privatinteressen, die in Wahrheit den richtig verstandenen sozialen Interessen widerstreiten. Daß sie trotzdem regelmäßig befolgt

werden, hat entweder darin, daß ihre Gemeinschädlichkeit den Rechtsgenossen nicht zum Bewußtsein kommt, oder darin, daß sie zwecks Aufrechterhaltung der Rechtsordnung auch schlechte Gesetze respektieren, seinen Grund. In beiden Fällen findet die regelmäßige Befolgung der schlechten Gesetze nicht den durch sie begünstigten individuellen Interessen zuliebe, sondern im sozialen Interesse statt; die begünstigten Privatinteressen werden auch in diesem Falle nicht um ihrer selbst willen, sondern aus Rücksicht auf das öffentliche Wohl zu rechtlichen Interessen erhoben. Es zeigt sich schon hier die Notwendigkeit strenger Unterscheidung einesteils zwischen dem objektiven Werte der durch das positive Recht gewährleisteten Interessen und den dem positiven Rechte zugrunde liegenden subjektiven Interessenbewertungen (Abschn. VII, Z. 1, 2), andernteils zwischen den Rechtsquellen und den Rechtsregeln (Abschn. VIII, Z. 1).

9. Ebenso wie der Bestand beruht die Entstehung und Endigung der Rechtsverhältnisse auf Rechtsregeln. Diese gelten hypothetisch, indem sie an den Eintritt von Ereignissen oder an dauernde Zustände die Entstehung oder Endigung von Rechtsverhältnissen knüpfen. Die Ereignisse und Zustände erlangen infolge solcher Rechtsregeln und nur innerhalb des Geltungsbereiches derselben ein Prädikat, darin bestehend, daß sie Bedingungen bestimmter Arten rechtlich sozialen Verhaltens und hiedurch zugleich Bedingungen für das Entstehen oder Aufhören der durch solches Verhalten begründeten Rechtsverhältnisse bilden. Mit Rücksicht auf dieses zu ihren Begriffen hinzutretende Prädikat bezeichnet man sie als „Juristische Tatsachen“ oder als „Rechtsgründe“ und die Entstehung oder Endigung der bezüglichen Rechtsverhältnisse als ihre „Rechtsfolgen“. In Wahrheit werden die Rechtsfolgen nicht durch die Tatsachen an sich, sondern durch die Rechtsregeln,

welche die Tatsachen zu „juristischen" machen, begründet. Was schon daraus einleuchtet, daß eben dieselbe Art von Tatsachen außerhalb des Geltungsgebietes der betreffenden Rechtsregeln keine oder anders geartete Rechtsfolgen mit sich bringen mag.

Die Beziehung zwischen den juristischen Tatsachen und den Rechtsfolgen ist demnach keine kausale. Es ist eine unwissenschaftliche, wenn auch in der Jurisprudenz übliche, Redeweise, zu sagen, daß durch Okkupation Eigentumsrecht, durch langjährige gutgläubige Benützung eines fremden Grundstückes Servituten, durch Beschädigung fremder Sachen Ersatzverbindlichkeiten, durch Tötung eine Straffälligkeit usw. verursacht werde. Nur sinnlich Wahrnehmbares steht im Kausalzusammenhange. Die Rechtsverhältnisse aber sind sinnlich nicht wahrnehmbare Verstandesobjekte, deren Entstehungs- und Endigungsgründe nur in anderen Verstandesobjekten, den Rechtsregeln, liegen und mit sinnlich wahrnehmbaren Tatsachen nur insoferne in einen Zusammenhang gebracht werden können, als diese in einer positiven Rechtsregel als deren Bedingung aufgenommen sind. Es handelt sich hiebei um viel mehr als um eine terminologische Kritik. Wie so oft, hat auch hier die unrichtige sprachliche Bezeichnung des Gegenstandes Fehler in dessen wissenschaftlicher Behandlung zur Folge. Dies zeigt sich vornehmlich in der Theorie von den Rechtsgeschäften.

Rechtsgeschäfte sind eine Sonderart juristischer Tatsachen, darin bestehend, daß Willensäußerungen in der Absicht und mit dem Erfolge, eine Rechtsfolge, ein neues Rechtsverhältnis oder die Abänderung oder Aufhebung eines solchen herbeizuführen, stattfinden. Auch in den Rechtsgeschäften tritt zum formalen Begriffe das stoffliche Moment eines Wohlfahrtszweckes oder Interesses, und zwar eben dasjenige, welches der Rechtsfolge inhäriert.[42])

Verträge und sonstige Willenserklärungen verdanken ihre Qualifikation als Rechtsgeschäfte ausschließlich den die Rechtsfolgen bestimmenden Rechtsregeln. Sie bringen, ebenso wie alle anderen juristischen Tatsachen, nur dann und nur insoweit Rechtsfolgen hervor, als sie den bedingenden Bestandteil von Rechtsregeln bilden, welche die Entstehung, Endigung oder Aufhebung von Rechtsverhältnissen betreffen. Von solchen Rechtsregeln abgesehen, vermögen Verträge und sonstige Willenserklärungen moralische, nicht aber rechtliche Folgen mit sich zu führen. Demnach kommen ihre Urheber im positiven Rechte nicht als Willenssubjekte schlechthin, sondern bloß insofern, als ihnen kraft einer Rechtsregel die Möglichkeit zur Herbeiführung einer Rechtsfolge verliehen ist, in Betracht. Dieses subjektive Können ist eine soziale, nicht eine natürliche Macht.

Im dermalen herrschenden Sprachgebrauche wird zwischen rechtlicher Befugnis und rechtlicher Macht gewöhnlich in dem Sinne unterschieden, daß erstere ein Erlaubt- oder Gebilligtsein („licere"), letztere die Gewährung eines Könnens („posse") ist. Der Ausdruck „rechtliche Macht" wird ausschließlich zur Bezeichnung der den Willenssubjekten durch das positive Recht gewährten Fähigkeit, Rechtsverhältnisse oder Veränderungen in bestehenden Rechtsverhältnissen herbeizuführen, verwendet. Da aber auch das rechtliche Dürfen nicht machtloses Erlaubtsein, sondern eine durch rechtlich soziales Verhalten begründete rechtliche Macht ist, so kann der Unterschied zwischen dem rechtlichen „Dürfen" und rechtlichen „Können" nur in den Gegenständen, auf welche sich eine soziale Macht bezieht, liegen. Beim „Dürfen" liegt dieser Gegenstand in der Verfolgung und Betätigung jener Interessen, welche den stofflichen Inhalt eines Rechtsverhältnisses bilden; beim „Können" liegt er in der

Entstehung, Änderung oder Endigung eines Rechtsverhältnisses. Nennt man nun alle die Entstehung, Änderung oder Erlöschung von Rechtsverhältnissen bezweckenden Handlungen „Rechtsgeschäfte“, so ist für die Macht zur Herbeiführung solcher Effekte die Charakterisierung als „rechtsgeschäftliche Macht“ angemessen, während für die Macht zur Realisierung des Zweckstoffes eines bereits vorhandenen Rechtsverhältnisses die Bezeichnung „rechtliche Macht“ vorbehalten werden sollte.

Es ist Sache der in einem Rechtsgebiete jeweils bestehenden Rechtsquellen und der diese explizierenden Jurisprudenz, zu bestimmen, welche Art von Willenserklärungen und unter welchen Umständen diese in ihrem Gebiete Rechtsfolgen bedingen, d. h. Rechtsgeschäfte sind. Die allgemeine Rechtslehre hat die verschiedenen Arten, nach denen solche Regelungen überhaupt in irgend welchen Rechtsordnungen platzgreifen können, nicht aber die Frage, welche Arten gerade in dem einen oder in einem anderen besonderen Rechtsgebiete in Geltung stehen, zu erörtern. Sie kann insbesondere in dem Meinungsstreite darüber, ob für die Rechtswirksamkeit von Rechtsgeschäften das sogenannte Willensprinzip oder das Erklärungsprinzip in einem besonderen Rechtsgebiete maßgebend ist, keine Parteistellung einnehmen. Beide Prinzipien sind möglich. Sogar in einer und derselben Rechtsordnung können Rechtsregeln das eine Prinzip für eine Gattung (z. B. für letztwillige Verfügungen), das andere Prinzip für eine andere Gattung von Rechtsgeschäften (z. B. für Handelsgeschäfte) zur tatsächlichen Geltung bringen.

Daraus, daß die Rechtsfolgen der Rechtsgeschäfte nicht auf dem Wollen ihrer Urheber, sondern auf Rechtsregeln beruhen, welche dieses Wollen mit einer rechtsgeschäftlichen Macht ausstatten und deren Grenzen und Voraussetzungen

bestimmen, ergibt sich, daß die wissenschaftliche Betrachtung — ebenso wie bei den Rechtsverhältnissen — auch bei den Rechtsgeschäften auf die sozialen Interessen, welche den Stoff der sie betreffenden Rechtsregeln bilden, zurückzugreifen hat. In gleicher Weise wie die rechtlichen Machten sind die rechtsgeschäftlichen Machten, im Privatrechte nicht minder als im öffentlichen Rechte, generell durch Zwecke bestimmt, welche von den jeweiligen Rechtsquellen als soziale Interessen gewertet werden. Das rechtliche Wesen der Rechtsgeschäfte wird daher nicht erschöpft, nicht einmal in seinem innersten Kern erfaßt, wenn man nur die Willkür der sie errichtenden Personen ins Auge faßt und übersieht, daß diese Willkür bei ihnen nur dann und nur insoferne rechtswirksam ist, als sie von einer Rechtsregel zwecks eines sozialen Interesses mit einer rechtsgeschäftlichen Macht ausgestattet und keiner sozialen Beschränkung unterzogen ist.

Durch die Feststellung und nähere Ausführung dieser Auffassung vom Wesen der Rechtsgeschäfte wird die allgemeine Rechtslehre den Gesetzgebungen und den Jurisprudenzen die theoretische Grundlage für alle Beschränkungen an die Hand geben, denen die rechtsgeschäftlichen Machten, insbesondere die sogenannte „Vertragsfreiheit“ und „Testierungsfreiheit“ in allen positiven Rechten mehr weniger unterliegen und, bei fortschreitendem Verständnisse der sozialen Natur auch des Privatrechtes, in stetig wachsendem Umfang unterliegen werden.

10. Die Erklärung des positiven Rechtes als Gesamtheit der in einer Gesellschaft tatsächlich geltenden Regeln sozialer Machtverhältnisse macht es begreiflich, daß das positive Recht einer bestimmten Rechtsgesellschaft auch für Personen, die ihr nicht angehören, Rechtsverhältnisse zu begründen vermag. Normen oder Imperative haben als solche nur für jene, an die sie gerichtet sind, Giltigkeit; für

alle anderen Menschen können sie weder eine Pflicht noch ein Motiv zum Gehorsam, daher auch kein aus solchen Beziehungen resultierendes Rechtsverhältnis begründen. Tatsächlich geltende Regeln eines sozialen Verhaltens hingegen können nicht bloß den an ihnen beteiligten, sondern auch anderen Personen soziale Unterstützungen gewähren und soziale Widerstände entgegensetzen. Sie lassen der Möglichkeit Raum, daß die Rechtsgenossenschaft bei vielen, aber nicht bei allen Rechtsverhältnissen, insbesondere nicht bei privatrechtlichen Verhältnissen eine Voraussetzung bildet; daß beispielsweise Ausländern die sozialen Machten eines Eigentümers oder eines Gläubigers gewährt oder die sozialen Machtbeschränkungen eines Schuldners oder sonstige Verbindlichkeiten auferlegt werden. Auch diese sozialen Machten und Machtbeschränktheiten sind reale, wenn auch nur im Geltungsbereiche des sie begründenden positiven Rechtes bestehende, Ergebnisse des sozialen Zusammenwirkens.

Derart liefert die soziologische Rechtsauffassung die theoretische Grundlage für das sogenannte „internationale Recht", das korrekter als „internationale Wirksamkeit des Rechtes" zu bezeichnen wäre. Die Normen- und Imperativentheorien ermangeln — wie in Abschn. II, Z. 4 hervorgehoben wurde — einer theoretischen Begründung für die Möglichkeit internationalen Rechtes. Die Annahme, daß Normen oder Imperative, die an die Mitglieder eines bestimmten Staates gerichtet sind, auch Nichtmitglieder, sogar außerhalb des Staatsgebietes lebende Nichtmitglieder, verpflichten, enthält einen innern Widerspruch.

Auch das ethische Prinzip für eine internationale Wirksamkeit positiven Rechtes ergibt sich nur bei einer soziologischen Rechtsauffassung. Die Einbeziehung Landesfremder, zu deren Gunsten und zu deren Lasten, in die soziale

Machtordnung ist eine soziale Tatsache, die insoweit ethisch gerechtfertigt ist, als sie von einem sozialen Interesse geboten erscheint, und als jedem Menschen die ethische Pflicht obliegt, nicht bloß die Rechtsordnung, deren Genosse er ist, sondern auch die ihm fremden Rechtsordnungen und die denselben zugrunde liegenden sozialen Interessen zu respektieren. Nicht die fremden Rechtsordnungen, wohl aber die praktische Vernunft und sein ethisches Gewissen legen ihm diese Pflicht auf. (Abschn. VII, Z. 2.)

In ähnlicher Weise findet die Rückwirkung von Rechtsregeln auf Handlungen und Unterlassungen, die vor ihrer Entstehung stattgefunden haben, ihre theoretische und ethische Begründung. Auch in dieser Richtung versagen die Normen- und Imperativentheorien vollständig. Es ist weder begreiflich, noch wäre es, wenn begreiflich, ethisch zulässig, daß gesetzgeberische Imperative auf ein ihnen zeitlich vorausgegangenes Verhalten bezogen werden. Imperative haben ihrem Begriffe nach nur zukünftiges Verhalten zum Gegenstande und es ist unstatthaft, jemandem auf Grund eines Imperativs Pflichten und Verantwortlichkeiten für Handlungen oder Unterlassungen aufzulasten, die er noch vor Erlassung des Imperativs begangen hat. Sowohl der logische Widerspruch als der ethische Widerstreit entfallen, sobald das Imperativenprinzip aufgegeben und durch das soziologische Prinzip ersetzt wird. Denn die Rückwirkung einer Rechtsregel wird sodann nicht auf eine Beziehung zwischen ihr und dem ihrer Entstehung vorausgegangenen Verhalten, sondern auf die gegenwärtige Geltung der Rechtsregel zurückgeführt. Ebenso wie kraft einer Rechtsregel Befugnisse und Verbindlichkeiten für jemanden infolge von Vorkommnissen, die keine Betätigung seines Willens involvieren, erwachsen können, ist es ganz wohl begreiflich, daß eine Rechtsregel an ihr vorausgegangene Handlungen und Unterlassungen, für die ihr Urheber vom Stand-

punkte dieser speziellen Rechtsregel nicht verantwortlich gemacht werden kann, Rechtsfolgen knüpft. Dies geschieht nicht auf Grund einer Pflicht, sich der Rechtsregel gemäß zu verhalten, denn diese ist vor deren Geltungsbeginne nicht denkbar; es geschieht auf Grund eines generellen sozialen Interesses, das den Eintritt jener Rechtsfolgen als Postulat der öffentlichen Wohlfahrt erscheinen läßt.

Die einem solchen sozialen Interesse dienenden, sogenannt rückwirkenden Rechtsregeln begründen, nicht anders als alle anderen Rechtsregeln, soziale Machtverhältnisse der von ihnen betroffenen Personen b l o ß f ü r d i e Z u k u n f t. Daß die Jurisprudenz diese soziale Tatsache in die Fiktion kleidet, daß die der Rechtsregel vorausgegangenen, zu ihren Voraussetzungen gehörenden, Handlungen und Unterlassungen so anzusehen seien, als ob sie ihr nachgefolgt wären, darf die Rechtswissenschaft an der Erkenntnis des wahren Sachverhaltes nicht hindern.

11. Die Erklärung der Rechtsverhältnisse als soziale und sozialen Interessen dienende Machtverhältnisse führt rücksichtlich aller im Bereiche der Erfahrungsmöglichkeit liegenden Arten von Rechtsverhältnissen zu neuen Anschauungen und Begriffen. In ihrem Lichte erfahren die wichtigsten Rechtsbegriffe, wie: Subjektives Recht als rechtliche und Besitz als natürliche Macht; dingliche Rechte als Befugnisse der Innehabung und unmittelbaren Genusses und Forderungsrechte als Befugnisse des Ansichnehmens und mittelbaren Genusses von Gütern; Rechtsverbindlichkeit und Rechtspflicht; materielles und prozessuales Klagerecht; Unrechtmäßigkeit und rechtliches Verschulden; Usurpation und Staatsgewalt; Erklärungen, die von jenen der Normen- und Imperativentheorien völlig abweichen. Diese Umgestaltungen der Rechtsbegriffe wurden in ihren Grundzügen von uns bereits anderweitig dargelegt.[43]) Im vorliegenden Gedankengange handelt es sich bloß darum, die R i c h t l i n i e n zu

zeigen, innerhalb deren sich diese Entwicklung bewegen muß, um ungestört vorzuschreiten, um nicht auf der einen Seite durch jurisprudenzielle, auf der anderen Seite durch rechtsphilosophische Gesichtspunkte und Tendenzen vom Ziele, ein System erfahrungsmäßiger Erkenntnisse vom Rechte und den Rechtserscheinungen herzustellen, abgelenkt zu werden.

Zu diesen Richtlinien gehört vor allem das konsequente Bestreben, die rechtlichen Dinge nicht durch die gefärbten Brillen vorgefaßter, von diesem oder jenem Gesetzverfasser oder Jurisprudenten gebildeter subjektiver Vorstellungen zu beurteilen, sondern unmittelbar anzuschauen und aus dieser Anschauung auf induktivem Wege objektiv gültige Begriffe zu gewinnen. Nur so entgeht die allgemeine Rechtslehre dem in der Jurisprudenz überwuchernden Fiktionenunwesen. Das Maß, in welchem es der Rechtswissenschaft gelingen wird, die unter den juristischen Fiktionen verborgenen realen Erscheinungen des Rechtslebens der Erkenntnis zuzuführen, wird den besten Gradmesser ihres gedeihlichen Fortschrittes bilden.

Nur um ein alle Sphären des Rechtslebens betreffendes Beispiel für derartige wissenschaftliche Auflösungen juristische Fiktionen zu bieten, sei hier, wenn auch nur skizzenhaft, die Art und Weise gezeigt, nach welcher u. E. die soziologische Rechtslehre die irreale Vorstellung „Juristische Person" auf reale Vorgänge des Rechtslebens zurückzuführen hat.[44])

Entsprechend den im Wesen der Rechtsverhältnisse liegenden zwei Momenten der sozialen Macht und der durch diese geschützten Interessen (Z. 1 d. Abschn.) enthält jedes Rechtsverhältnis zweierlei Subjektivitäten, jene der Macht und jene der Interessen. Die volle Rechtssubjektivität besteht in der Verbindung einer Machtsubjektivität mit einer Interessensubjektivität, die nicht notwendig in einem und demselben Träger zusam-

menfallen müssen. Kraft einer Rechtsregel kann jemandem eine soziale Macht oder eine soziale Einschränkung derselben nicht in Ansehung seiner eigenen Interessen, sondern in Ansehung der Interessen Anderer zukommen. Im letzteren Falle ist die Rechtssubjektivität zwischen den Trägern der Interessen und den Trägern der diesen dienenden sozialen Machten aufgeteilt. Eine solche Auseinanderlegung muß überall stattfinden, wo Interessen solcher Rechtsgenossen, die selbst zu deren Wahrnehmung außerstande sind, rechtlich geschützt werden sollen. Der Schutz durch subjektive Berechtigungen kann ihnen nur in der Weise zuteil werden, daß ein von ihren Trägern verschiedenes Willenssubjekt mit der Aufgabe zur Vertretung ihrer Interessen betraut und zu diesem Zwecke mit den erforderlichen rechtlichen und rechtsgeschäftlichen Machten ausgestattet wird. Desgleichen können Verbindlichkeiten solcher Personen nur in der Weise bestehen, daß den zur Interessenvertretung berufenen Personen Machtbeschränkungen auferlegt werden.

Daß der juristische Sprachgebrauch trotz des Auseinanderfallens der Machtsubjektivität und der Interessensubjektivität die Pflegebefohlenen schon für sich allein als die Berechtigten oder Verpflichteten bezeichnet, darf der Erkenntnis der wahren Sachlage nicht im Wege stehen. In Wahrheit sind die Pflegebefohlenen nur in Verbindung mit ihren Vormündern, Kuratoren, Vermögensverwaltern, Subjekte von Befugnissen und Verbindlichkeiten. Man darf nicht sagen, die Pflegebefohlenen seien die alleinigen Subjekte der ihre Interessen betreffenden Rechte und bloß von deren „Ausübung“ ausgeschlossen. Denn man kann zwar Befugnis und deren Ausübung, Verbindlichkeit und deren Betätigung unterscheiden, jedoch nicht Befugnis und Befugnis zur Ausübung, Verbindlichkeit und Verbindlichkeit zur Betätigung. Befugnisse und Verbindlichkeiten haben keinen andern Gegenstand

als jene Handlungen oder Unterlassungen, mittelst deren sie ausgeübt und betätigt werden.

Auch die Ausdrucksweise, daß das den Pflegebefohlenen mangelnde Willensvermögen durch das Willensvermögen anderer Personen vertreten werde, gibt das reale Verhältnis nicht zutreffend wieder. Man kann verständigerweise von der Vertretung eines Willensvermögens nur dann sprechen, wenn ein solches vorhanden ist. Ein mangelnder Wille kann nicht vertreten, er kann bloß behufs Herbeiführung bestimmter Erfolge ersetzt werden. Nicht ein Wollen der Willensunfähigen (ein widerspruchsvoller Ausdruck), sondern ihre Interessen — sei es mit günstigem, sei es mit ungünstigem Erfolge — werden von anderen Personen vertreten. Solange sie keiner Vertretung teilhaftig sind, entbehren die Interessen Handlungsunfähiger eines aktuellen, gegenwärtigen Schutzes durch subjektive Rechte. Sie finden während dieses Stadiums bloß jenen strafrechtlichen oder sonstigen öffentlichrechtlichen Schutz, der unabhängig vom Wollen ihres Trägers platzgreift.

Unter die vorstehend beschriebene Kategorie subjektiver Rechte fallen auch alle jene, welche die Rechtssprache „Juristischen Personen" zuschreibt. Korporationen, Anstalten, Stiftungen sind Reihen von Menschen, die durch eine Interessengemeinschaft zu einem einheitlichen Vorstellungsobjekt verbunden sind. Da dieser Gesamtheit kein selbständiges Willensvermögen innewohnt, so kommt in Ansehung ihrer eine Rechtssubjektivität nur in Verbindung mit den zur Vertretung ihrer Interessen kraft Rechtsregeln berufenen und mit den hiezu erforderlichen Machtsubjektivitäten ausgestatteten Personen zustande.

Die umfassendste Art solcher Interessengemeinschaften ist jene der Staatsbürger, welche in Verbindung mit den zur Wahrnehmung der gemeinschaftlichen Interessen bestehenden Behörden, einschließlich des Staatsoberhauptes, die objek-

tive Einheit „Staat" bilden. Alle rechtlichen Machten und Machtbeschränkungen, welche die Sprache dem Staate oder einer Staatspersönlichkeit zuschreibt, stehen in Wahrheit den als Staatsbehörden fungierenden Personen zu; und alle durch diese rechtlichen Machten und Machtbeschränkungen geschützten Interessen sind in Wirklichkeit Interessen der Staatsbürger.

In gleicher Weise finden die Rechtssubjektivitäten der innerhalb des Staates liegenden Provinzen, Kreise, Bezirke, Gemeinden und aller öffentlichrechtlichen Korporationen ihre erfahrungswissenschaftliche Erklärung. Bei deren Vertiefung und Ausarbeitung werden alle die virtuosen logischen Kunststücke, mit denen versucht wird, darzutun, daß jede beliebige Gesetzgebung jedes beliebige Vorstellungsobjekt in eine „Persönlichkeit" verwandeln könne, aus dem festen Gebiete der allgemeinen Rechtslehre in das schwankende Meer praktisch-jurisprudentieller Fiktionen verbannt werden.

VII. Abschnitt.

C. An die tatsächliche Geltung positiven Rechts reiht sich die ethische Forderung rechtmäßigen Verhaltens. Aus der Unterscheidung des Rechtsbegriffes von der normativen Funktion des Rechtes resultieren die Unterschiede zwischen Rechtsverbindlichkeit und Rechtspflicht, sowie zwischen schuldfreiem und schuldhaftem Unrecht.

1. Die Definition der Rechtsregel als tatsächlich geltende Regel sozialen Lebens schließt nicht die Annahme einer Vernunftnorm aus, die jedem Mitgliede einer Rechtsgesellschaft die ethische Pflicht rechtmäßigen Verhaltens auferlegt. Die soziologische Rechtslehre bestreitet bloß, daß der Begriff des positiven Rechtes unter den Oberbegriff „Norm" oder unter den Oberbegriff „Imperativ"

falle, keineswegs aber, daß jedem positiven Recht ein ethischer Wert zukommt.

Wert ist die objektive Eignung eines Gegenstandes, ein Mittel für die Erhaltung und Höherentwickelung des geistigen oder des leiblichen Daseins, d. h. der menschlichen Kultur im weitesten Sinne des Wortes, abzugeben. Die Objektivität eines erfahrungsmäßigen Wertes darf nicht, wie oft geschieht, darin gesucht werden, daß der Gegenstand für jedermann Wert besitze. Auch die individuelle Eignung eines Gegenstandes zur Förderung der Kultur eines einzelnen Menschen hat objektiven Wert. Wohl kann ein Gegenstand, der für einzelne Individuen Wert besitzt, für andere wertlos sein, aber die Tatsache, daß er in der individuellen Wertrelation steht, daß er ein Mittel für ein Kulturinteresse des Individuums abgibt, ist ein nicht nur diesem Individuum, sondern jedem Beurteiler gegebenes Erfahrungsobjekt. Die Unterscheidung, ob ein Gegenstand einem allgemein menschlichen Kulturinteresse oder einem gemeinschaftlichen Interesse der Mitglieder einer menschlichen Gesellschaft oder dem Interesse Einzelner, als isolierte Menschen betrachtet, dienlich ist, begründet bloß eine Einteilung des objektiven Wertes in die drei Kategorien des allgemeinmenschlichen, des sozialen und des isolierten Wertes.

Wie rücksichtlich aller Erfahrung muß auch rücksichtlich des Wertbegriffes das subjektive Denkurteil einer oder vieler Einzelpersonen vom objektiven Erkenntnisurteile, die subjektive Wertung von der objektiven Tatsache des Wertes, unterschieden werden. Subjektive Urteile über das Vorhandensein eines objektiven Wertes, Wertungen eines Gegenstandes, können richtig oder irrig sein, je nachdem die von ihnen angenommene Wertbeziehung objektiv vorliegt oder nicht. Wertung gehört dem urteilenden Subjekte als Individuum an und kommt

nur als psychischer Akt desselben in Betracht. Der Wert hingegen gehört dem Objekte als eine Relationseigenschaft an, auch wenn sich gerade derjenige, dem sie zustatten kommt oder irgend welche sonstigen zur Zeit lebenden Menschen zufolge der Schwäche ihres Erkenntnisvermögens seiner nicht bewußt wären. Aus der Tatsache, daß ein Gegenstand bisher von einzelnen oder von vielen Menschen einer bestimmten Wertung unterzogen wurde, für sich allein, folgt noch nicht, daß er einen objektiven Wert besitze. Um einen Schluß aus stattgefundenen Wertungen auf das Vorhandensein eines objektiven Wertes zu ziehen, müßte die Supposition hinzutreten, daß den Urhebern der Wertungen eine Autorität innewohnt, die ihren Werturteilen von vornherein Glaubwürdigkeit verleiht.. Die Grundlage solcher Werterkenntnis ist dann von gleicher Art, wie bei allen auf Überlieferungen beruhenden Erkenntnissen, das Vertrauen darauf, daß die Gewährsmänner ihre Aussagen auf Grund allgemeingiltiger Erfahrungsregeln aufgestellt haben. Daher können Werterkenntnisse unter allen Umständen nur durch die , sei es auf eigener Erfahrung, sei es auf Erfahrungen vertrauenswürdiger Autoritäten, herrührende Feststellung, daß der Gegenstand das Mittel für einen Kulturzweck darstelle, gewonnen werden.[45])

Alles Wollen beruht auf Wertungen als Motiven, alles Sollen beruht auf objektiven Werten als seinen Bedingungen. Den stofflichen Inhalt des Wollens bildet erfahrungsgemäß überall eine Befriedigung irgend welcher vom Wollenden vorgestellter Kultur- oder Wohlfahrtsinteressen, sei es der eigenen Interessen des Wollenden, sei es — vermöge sympathischer oder altruistischer Empfindungen — der Interessen Anderer. Jedem Wollen liegt daher eine subjektive Wertung des bezweckten Erfolges zugrunde. Daß die Wertung richtig, eine Werterkenntnis, sei, bildet kein Begriffsmerkmal des Wollens. Sollen und

Pflicht hingegen setzen objektive Werte voraus, die tatsächliche Eignung einer Verhaltungsweise zur Verwirklichung eines Kulturzweckes, woran die Vernunft eine Forderung oder Norm, die Verhaltungsweise zu betätigen, knüpft. Hiedurch erlangt der Begriff der einen kulturellen Wert besitzenden Handlungsweise, ohne an sich selbst eine Veränderung zu erfahren, eine normative Bedeutung, deren Quelle nicht in ihm selbst, sondern in der „praktische Vernunft" genannten Fähigkeit des menschlichen Geistes, ethische Forderungen aufzustellen, liegt.[46])

Der normativen Forderung, ein kulturellen Interessen dienendes Verhalten zu beobachten, korrespondiert eine Pflicht gleichen Inhaltes. Pflicht ist das Verhältnis, in welches der Adressat einer Norm durch diese gesetzt wird. Ist der Verpflichtete sich der Pflicht bewußt, so ist dieses Bewußtsein von einem Gefühle, dem ethischen Pflichtgefühle, begleitet. Wie alle anderen Gefühle, kann auch das Pflichtgefühl weder analysiert noch erklärt werden. Es ist ein subjektiver Seelenzustand des Verpflichteten, der mit dem objektiven Verhältnisse der Pflicht nicht verwechselt werden darf und, wie andere Empfindungen (Lust, Schmerz, Hoffnung, Furcht, Liebe, Abscheu usw.), in seinem Subjekte Motive und mittelst derselben Willensbetätigungen, die sodann selbständige Erscheinungen sind, auslöst.

2. Rechtsregeln können — worauf bereits in Abschn. II, Z. 1 hingewiesen wurde — in zweifacher Art kulturellen Wert und normative Bedeutung besitzen: Einmal vermöge ihres begrifflichen Wesens, sodann vermöge ihres jeweiligen besondern stofflichen Inhaltes. Es steht außer aller Frage, daß es zu allen Zeiten positive Rechtsregeln mit, eines kulturellen Wertes ermangelnden, sogar mit kulturschädlichen, stofflichen Inhalten gegeben hat, auch immer geben wird. Solche Rechtsregeln ent-

springen falschen, den ethischen Kulturforderungen zuwiderlaufenden Wertungen.

Ein ethisches Prinzip, kraft dessen jeder Rechtsregel, gleichviel ob die in ihr enthaltenen Rechtssätze Wert haben oder nicht, eine normative Bedeutung verliehen ist, kann daher nur auf einem objektiven Werte beruhen, der dem formalen Wesen des positiven Rechtes, als Inbegriff tatsächlich geltender sozialer Regeln, und jeder einzelnen in diesen Inbegriff fallenden Regel, an sich innewohnt. Es ist leicht zu finden, wenn man sich vergegenwärtigt, daß die soziale Machtordnung an und für sich eines der wichtigsten, wenn nicht das wichtigste, Mittel sozialer Kultur ist, daß in ihrer Ermanglung jeder Einzelne der Willkür aller Anderen preisgegeben, jedes Leben und jede Lebensäußerung willkürlichen Angriffen ausgesetzt, jede dauernde Vereinigung zur Verfolgung gemeinschaftlicher Zwecke unmöglich oder doch aufs Äußerste gefährdet wäre. Dieser kulturelle Wert haftet jeder Rechtsregel, auch solchen, deren stofflicher Inhalt wertlos ist, an.

Obwohl demnach alles positive Recht aus subjektiven Wertungen hervorgeht, ist es als deren Produkt der Träger eines selbständigen, objektiven Wertes und als solcher eine soziale Erscheinung, mit welcher das ethische Bewußtsein die an die Rechtsgenossen ergehende Forderung, sich seinen Regeln gemäß zu verhalten, verbindet. Demzufolge kommt dem positiven Rechte die Werteigenschaft eines Mittels zur Realisierung normativer Kulturideen als ein außerhalb seines Begriffes liegendes Prädikat, das füglich als seine „normative Funktion“ bezeichnet werden kann, zu. Wie jedes Prädikat setzt auch dieses das logische Subjekt, von dem es ausgesagt wird, als gegeben voraus. Die Rechtsordnung muß als soziale Machtordnung begriffen sein, bevor von einer ihre Einhaltung heischenden, an jeden Einzelnen

ergehenden und ihn verpflichtenden Vernunftnorm gesprochen wird, ist also eine tatsächliche Wesenheit, die, unabhängig von ihrer normativen Funktion, vorgestellt und definiert werden muß. Dadurch, daß viele ihrer Rechtssätze auf falschen Wertungen beruhen, somit den Anforderungen der Vernunft nicht entsprechen, wird diese normative Funktion des Rechtes als einer gesellschaftlichen Ordnung nicht alteriert.[47])

Der normativen Funktion des positiven Rechtes entspricht die Pflicht der Rechtsgenossen, an ihrer Rechtsordnung mitzuwirken. Sie heißt Rechtspflicht, weil sie den Rechtsgenossen als solchen obliegt und ist — wie schon in Abschn. VI, Z. 2 betont wurde — von den Rechtsverbindlichkeiten aufs schärfste zu unterscheiden. Die Rechtspflicht ist eine einheitliche, alle Rechtsgenossen gegenüber allen Rechtsregeln gleichmäßig treffende ethische Gebundenheit. Rechtsverbindlichkeiten hingegen sind soziale Machtbeschränktheiten mannigfaltiger Art und als solche insoferne wandelbar und elastisch, als die Willensmacht extensiv und intensiv in verschiedener Weise eingeschränkt werden kann. Auch können gegenüber einer allgemeinen Regel rechtlicher Verbindlichkeiten, durch singuläre Rechtsregeln, für einzelne Personen ausnahmsweise Begünstigungen, durch welche sie von einer Gattung von Rechtsverbindlichkeiten ganz oder teilweise befreit werden, stattfinden (z. B. im Falle der Immunität des Staatsoberhauptes oder der Mitglieder einer Volksvertretung). Ihre Rechtspflicht aber wird hiedurch nicht berührt und kann nicht berührt werden, weil sie ihnen nicht durch die Rechtsregeln selbst, sondern durch ein ethisches Prinzip, das durch positives Recht und seine Quellen nicht alteriert werden kann, auferlegt wird.

3. Die Unterscheidung des jeder Rechtsregel als solcher anhaftenden normativen Wertes vom normativen

Werte, welcher ihren stofflichen Gedankeninhalten innewohnen, aber auch fehlen kann, wird im Betriebe der Jurisprudenz außer Betracht gelassen.[48]) Denn diese unterordnet sich als getreuer Anwalt den von den jeweiligen Rechtsquellen vorgenommenen Wertungen ihrer stofflichen Zwecke. Der Jurisprudent als solcher hat mit allen ihm zur Verfügung stehenden Mitteln auf die Verwirklichung der Rechtsstoffe, sei es in einzelnen Fällen, sei es durch allgemeine Belehrungen, hinzuarbeiten. Freilich muß seine geistige Tätigkeit als Mensch sich in dieser Aufgabe nicht erschöpfen, er mag neben derselben auch eine Wissenschaft vom Rechte überhaupt oder eine rechtsphilosophische oder eine rechtspolitische Doktrin betreiben. Solange er sich aber innerhalb der Grenzen der Jurisprudenz bewegt, wird seine Arbeit erfolgreicher sein, wenn sie davon ausgeht und dafür eintritt, daß die von ihm behandelten Rechtsregeln auch in Ansehung ihres besonderen stofflichen Inhaltes objektiven Wert und eine normative Bedeutung haben.

In der allgemeinen Rechtslehre dagegen beirrt die Vermengung des Wertes, welcher jeder Rechtsordnung an sich anhaftet, mit den Werten, welche den einzelnen in dieser oder jener Rechtsordnung enthaltenen besonderen Rechtssätzen zukommen mag, den Begriff der Rechtspflicht in so hohem Maße, daß einzelne Schriftsteller diesen überhaupt aus der Rechtswissenschaft, mindestens aus der Wissenschaft vom positiven Rechte auszuchließen und der Ethik überweisen zu sollen glauben. Dies heißt, vulgär gesprochen, das Kind mit dem Bade ausschütten. Daraus, daß die Pflicht, sich den tatsächlich geltenden Rechtsregeln gemäß zu verhalten, nicht den Rechtsregeln, sondern eben derselben Vernunftquelle wie alle anderen Pflichten entspringt, folgt nicht im Geringsten, daß sie im Rechte keine Rolle spiele und keinen Gegenstand der Rechtswissenschaft bilde. Ebenso wie

jede andere Erfahrungswissenschaft nicht bloß Begriffe, sondern auch die zu diesen synthetisch hinzutretenden Prädikate, hat auch die allgemeine Rechtslehre neben den Rechtsbegriffen deren in der Erfahrung gegebene Prädikate festzustellen. Patriotische Pflichten sind von der Tatsache der Zugehörigkeit zum Vaterlande, Familienpflichten sind von der Zugehörigkeit zur Familie bedingt; in gleicher Weise sind Rechtspflichten bedingt von der Zugehörigkeit zu einer Rechtsgesellschaft. So unzureichend es wäre, das Verhältnis des Bürgers zum Vaterlande ausschließlich analytisch als Verhältnis der Landeseingeborenheit oder das Verhältnis des Vaters zum Kinde ausschließlich als Abstammungsverhältnis zu behandeln, ebenso unzureichend wäre eine Rechtswissenschaft, die bloß das formalbegriffliche Wesen des Rechtes, nicht auch dessen Wertprädikate und ethische Funktion behandelt.[49]) Ohne die Zusammenhänge, in welchen das Recht mit dem ethischen Bewußtsein steht, darzulegen, würde sie ihren Gegenstand nicht erschöpfen, somit ihrer Mission nicht zur Gänze gerecht werden. Dies um so weniger, als, wie oben bemerkt wurde, das Bewußtsein vom Bestande einer Rechtspflicht im Verpflichteten ein Pflichtgefühl wachruft, welches seinerseits auf den Verpflichteten motivierend einwirkt und hiedurch in hohem Maße auf die tatsächliche Geltung der Rechtsregeln zurückwirkt. Das vom Pflichtgefühl geforderte Verhalten ist die Betätigung eines von äußeren zufälligen Einflüssen unabhängigen, insoferne freien, Willens, ein Akt der Behauptung des eigenen „Ich", der Einheit, welche aus konstantem Denken, Fühlen und Wollen resultiert. Deshalb ist Pflichterfüllung mit einem Gefühle der Selbstbefriedigung verbunden, das seinerseits wieder ein Motiv für künftiges pflichtmäßiges Verhalten abgibt und hiedurch zum Bestande der Rechtsgesellschaft beiträgt.

Nicht die Ausscheidung des Begriffes Rechtspflicht aus der Rechtslehre, sondern dessen scharfe Trennung von

der Rechtsverbindlichkeit, als äußerer sozialer Machtbeschränkung ist somit geboten. Wer einer Rechtsverbindlichkeit, sei es bewußt, sei es unbewußt, wäre es auch aus unlauteren Motiven, entspricht, verhält sich rechtmäßig, und wer einer Rechtsverbindlichkeit aus eigenem Entschluß, um das Seinige zur Rechtsordnung beizutragen, nachzukommen sich bemüht, bliebe die Bestrebung auch infolge äußerer Hindernisse vergeblich, verhält sich rechtspflichtgemäß.

Dem Fehlgriffe, bei der wissenschaftlichen Untersuchung des positiven Rechtes von dessen normativer Bedeutung abzusehen, steht in entgegengesetzter Richtung der nicht minder verfehlte Versuch gegenüber, den Begriff der Rechtspflicht mit der Behauptung, daß Tatsachen an und für sich normativ wirken, zu begründen. Die Phrase von einer sogenannten „normativen Kraft des Faktischen“ widerspricht in dieser Allgemeinheit dem ursprünglichen Gegensatze, der im menschlichen Bewußtsein zwischen „Sein“ und „Sollen“ obwaltet. Damit „Faktischem“ normative Kraft, richtiger gesagt, eine normative Funktion oder Bedeutung zukomme, muß es zwei Prädikate aufweisen: erstlich, daß es kulturförderlich sei, sodann, daß seine Aufrechterhaltung im Bereiche menschlicher Macht liege. Die Annahme, daß Tatsachen an und für sich, also auch wenn sie wertlos oder gar kulturwidrig sind, oder daß Tatsachen, die außerhalb der menschlichen Machtsphäre liegen, eine Pflicht, zu ihrem Fortbestande mitzuwirken, mit sich führen, ist widersinnig.[50])

4. Bestünde gemäß den Normen- und Imperativentheorien das positive Recht aus den Gedankeninhalten eines den Rechtsgenossen fordernd gegenüberstehenden Wollens, so ließe sich auch das Unrecht nur als subjektives Gedankengebilde, der Gegensatz zwischen beiden nur als ein logischer auffassen. Der Satz: „Recht ist, was von einem über-

geordneten Wollen geboten ist", hat zur Kehrseite den Satz: „Unrecht ist, was von dem übergeordneten Wollen verboten ist." Die Subjektivität und Willkür, welche im Wesen eines jeden empirischen Imperativs liegen, würde in gleicher Weise dem Rechte wie dem Unrecht anhaften. Unrecht wäre nichts Objektives, es wäre identisch mit Verbotenheit, nicht der Grund, sondern die Folge gesetzlicher Verbote.

Gebote und Verbote haben ferner nur jemandem, dem sie zugänglich sind, gegenüber einen Sinn. Von einer Verbotswidrigkeit kann nur unter der Voraussetzung, daß ihr Urheber vom Verbote und seiner Anwendbarkeit im konkreten Falle Kenntnis hatte, gesprochen werden. Die sozialen Widerstände, denen die große Masse jener Handlungen und Unterlassungen unterliegt, welche, ohne eine bewußte Widersetzlichkeit zu enthalten, Störungen des Rechtslebens mit sich führen, und deshalb als „objektives Unrecht" bezeichnet zu werden pflegen, können aus den Begriffen Gebot und Verbot nicht deduziert werden. Die Normen- und Imperativentheorien müssen hier überall zu fiktiven Zurechnungen Zuflucht nehmen.

Das Imperativenprinzip bildet endlich auch keinen Erklärungsgrund für die Tatsache, daß schuldhafte Rechtsverletzungen an und für sich unter allen Umständen, auch wenn der Inhalt der verletzten Rechtsregel kulturwidrig wäre, vom ethischen Bewußtsein mißbilligt werden, so daß diese Mißbilligung nur durch eine ethische Norm entgegengesetzten Inhaltes paralysiert oder überwogen werden kann. Denn ein heteronomer Imperativ unsittlichen oder kulturwidrigen Inhaltes kann unmöglich Pflichten begründen, vielmehr wäre es Pflicht, ihm den Gehorsam zu verweigern.

Nach allen vorstehend bezeichneten drei Richtungen bringt eine Rechtslehre, welche das positive Recht nicht als bloßen Gedanken- oder Willensinhalt eines „übergeord-

neten Wollens", sondern als tatsächlich geltende soziale Regel versteht, lichtvolle Aufklärungen. Dem realen Rechte steht das Unrecht ebenfalls als Realität gegenüber. Der Gegensatz zwischen beiden ist nicht derjenige einer wechselseitigen logischen Ausschließung, eines Widerspruchs, sondern eines realen Widerstreites zwischen einem regelmäßigen, auf soziale Zwecke gerichteten Bestreben der Rechtsgenossen und dem auf egoistische Zwecke gerichteten Bestreben eines Einzelnen. Unrecht ist das Prädikat einer isolierten Verhaltungsweise, darin bestehend, daß die von ihr angestrebten Erfolge mit den von einem regelmäßigen rechtlich sozialen Verhalten angestrebten Erfolgen in der Wirklichkeit unvereinbar sind. Eine die Betätigung einer Rechtsregel vereitelnde Handlung würde die Rechtsordnung auch dann stören, wäre daher auch dann widerrechtlich, wenn sie unter kein gesetzliches Verbot fiele. Das Unrecht ist nicht aus einem gesetzlichen Verbote, vielmehr umgekehrt das gesetzliche Verbot aus dem Wesen des Unrechtes als einer Rechtsstörung zu erklären.

Diese unmittelbar dem Rechtsleben entnommene Anschauung fordert und ermöglicht eine doppelte Abgrenzung des Unrechtsbegriffes: einmal gegenüber den natürlichen, d. i. auf den Gesetzen natürlicher Kausalität beruhenden, Begriffen jener Handlungen und Unterlassungen, zu denen das Prädikat des Unrechtes auf Grund positiven Rechtes, also auch nur in Relation zu diesem, hinzutritt, sodann gegenüber dem schuldhaften Unrechte als einer besonderen Unterart des Unrechtsbegriffes.

Zweifelsohne sind die den natürlichen Begriff konstituierenden Eigenschaften einer jeder unrechtmäßigen Handlung oder Unterlassung, z. B. einer vorsätzlichen Tötung, einer Sachbeschädigung, eines Betruges, einer Münzverfälschung, einer Religionsstörung usw. von dem ihnen

auf Grund dieses oder jenes positiven Rechtes in dessen Geltungsgebiete zukommenden Prädikate der Widerrechtlichkeit, ihr Wesen als Glied im allgemeinen Kausalzusammenhange der Natur von ihrer Charakterisierung als Unrecht, zu trennen. Gleichwohl werden diese Unterscheidungen in den jurisprudentiellen Strafrechtslehren oft vernachlässigt. Die kausale Wirksamkeit der Handlung wird mit ihrer Unrechtmäßigkeit vermischt; die Unrechtmäßigkeit wird, statt sie als ein zur kausalen Wirksamkeit hinzutretendes Prädikat zu erklären, selbst als eine Kausalitätsart hingestellt. Diese Unrichtigkeit verleitet dann dazu, für solche Arten unrechtmäßigen Verhaltens, bei denen eine kausale Wirksamkeit gar nicht in Frage kommt, insbesondere für Unterlassungsdelikte, eine sogenannte „rechtliche Kausalität“ zu fingieren. Allein auch Kommisivdelikte sind nicht insofern Unrecht, als sie kausal wirken, sondern insofern, als ihre kausale Wirksamkeit mit einer Rechtsverbindlichkeit kollidiert. Der Begriff Delikt umfaßt ebensowohl Unterlassungen als Handlungen, erstere dort, wo die natürliche Macht, nicht zu handeln, letztere dort, wo die natürliche Macht, zu handeln, den Gegenstand einer sozialen Machtbeschränkung oder Rechtsverbindlichkeit bildet.

Die soziologische Erklärung des Unrechtsbegriffes verhütet ferner dessen Vermengung mit dem Begriffe rechtlicher Schuld, indem sie die Einteilung des Unrechtsbegriffes in die zwei Unterarten des schuldhaften und des schuldfreien Unrechtes ermöglicht und fordert. Verschulden ist mit einer unrechtmäßigen Handlung oder Unterlassung dann verbunden, wenn sich deren Urheber der Unrechtmäßigkeit bewußt war oder doch bewußt sein konnte: wenn er also einerseits vom Inhalte der an ihrer Betätigung gehinderten Rechtsregel, andererseits davon, daß deren Geltungsbedingungen im konkreten Falle zutrafen, Kenntnis hatte oder doch haben konnte. Auch in dessen Ermanglung

steht zwar die Handlung oder Unterlassung im gleichen realen Widerstreite gegen die Betätigung der Rechtsregel, bleibt also unrechtmäßig; aber die Unrechtmäßigkeit ist von keinem Verschulden begleitet und deshalb als bloß objektive oder schuldfreie zu bezeichnen. Zufolge der oberwähnten unstatthaften Vermengung der Widerrechtlichkeit einer Handlung mit der natürlichen Wirksamkeit, welche die Handlung im Kausalzusammenhange der Natur besitzt, wird das Schuldmoment ebenso oft als fälschlich darauf bezogen, daß der Handelnde sich des natürlichen Erfolges der Handlung bewußt war oder bewußt sein konnte. Dieser Umstand genügt jedoch nicht dazu, die unrechtmäßige Handlung zu einer schuldhaften zu gestalten; es muß das Bewußtsein davon hinzutreten, daß die Handlung die Betätigung einer Rechtsregel zu stören, daß sie die Verwirklichung eines den stofflichen Inhalt einer Rechtsregel bildenden Interesses zu hindern geeignet ist. Unter irriger Annahme eines Notzustandes erfolgte Verletzungen eines Menschen, Wegnahmen von Sachen, welche der Wegnehmende für seine eigenen hält, aus fremdem Besitz, Nichterfüllungen von Rechtsverbindlichkeiten, von deren Bestand der Handelnde nichts weiß, Auflehnungen gegen das Einschreiten einer behördlichen Person, deren behördliche Eigenschaft dem Täter unbekannt ist, finden im Bewußtsein ihrer voraussehbaren natürlichen Effekte statt. Sie mögen auch einer ethischen Pflicht zuwiderlaufen, aber nicht jener besonderen Art ethischer Pflichten, welche die Einhaltung der positiven Rechtsregeln heischt und deshalb Rechtspflicht genannt wird. Sie sind widerrechtlich, aber ihre Widerrechtlichkeit ist eine bloß objektive, keine rechtlich schuldhafte oder rechtspflichtwidrige.

Die Unterscheidung zwischen schuldhaftem und schuldfreiem Unrechte korrespondiert der Unterscheidung zwischen der tatsächlichen Geltung und der normativen Funktion der

Rechtsregeln und der Unterscheidung zwischen Rechtsverbindlichkeit und Rechtspflicht. Jede schuldhafte Unrechtmäßigkeit, aber auch nur diese, ist Verletzung einer Rechtspflicht. Das bloß objektive oder schuldfreie Unrecht widerstreitet einer Rechtsverbindlichkeit als sozialer Machtbeschränkung, enthält aber keine Auflehnung gegen eine an den Bestand der Rechtsverbindlichkeit geknüpfte, deren Erfüllung heischende, ethische Forderung.

Die Jurisprudenz mag sich über die vorstehend ausgeführten Distinktionen hinwegsetzen. Die ihr obliegende Aufgabe, zu der möglichst umfassenden Betätigung der Rechtsregeln beizutragen, wird zuweilen sogar erleichtert, wenn sie die Zusammenhänge, in denen die rechtlichen Qualifikationen isolierter Verhaltungsweisen mit deren natürlichen und ethischen Qualifikationen stehen, nicht analysiert, sondern sie durch Verschmelzung aller Qualifikationen in gemeinverständliche Worte dem logischen und dem ethischen Bewußtsein der Rechtsgenossen näherbringt. Um so mehr jedoch muß die allgemeine Rechtslehre sich auch auf diesem Gebiete vor jeder Beeinflussung und Störung durch rein jurisprudenzielle Gesichtspunkte und Ausdrücke hüten.

Ein warnendes Beispiel für die mißlichen Folgen solcher Beeinflussung bieten die zeitweise auftauchenden Versuche, den Begriff des Rechtes aus dem Begriff des Unrechtes abzuleiten, diesen als das Primäre, für sich selbst Bestehende, jenen als das Sekundäre, vom Unrecht Bedingte, zu erklären. Diese Konstruktion folgert daraus, daß die durch Rechtsgesetze verbotenen Interessenverletzungen in der Gedankenreihe den sie treffenden gesetzlichen Verboten vorausgehen, daß in gleicher Weise auch das Recht begrifflich vom Unrechte bedingt sei. Sie begeht dabei einen argen Fehlschluß, weil sie einesteils Recht und Gesetz, andernteils Interessenverletzung und Unrecht fälschlich identifiziert. Nicht alle Verletzungen frem-

der Interessen, sondern nur jene, welche den durch die jeweils geltenden Rechtsregeln geschützten Interessen widerstreiten, sind unrechtmäßig, und ihre Bekämpfung bezweckt nicht, dem Angreifer ein Übel zuzufügen, sondern ein (mit sozialen Interessen zusammenfallendes) Interesse des Angegriffenen zu wahren. Diese Gewährleistung ist der primäre Inhalt der Rechtsregeln; erst infolge ihrer erlangen die Verletzungen der gewährleisteten Interessen das Prädikat der Unrechtmäßigkeit. Es ist daher theoretisch ganz verkehrt, das Wesen des Rechtes aus dem Wesen des Unrechtes erklären zu wollen.[51])

Auch in diesem Punkte mag die Jurisprudenz bei ihren Weisungen die verkehrte Methode ohne Schaden einschlagen, soferne diese ein zur Erfüllung ihrer praktischen Aufgabe dienlicheres Darstellungsmittel abgibt. Ihr ist die Bekämpfung des Unrechtes das Wichtigste, das Hauptgebiet ihrer Tätigkeit, ähnlich, wie für den Seelsorger der Zustand der Seelenzerrüttung, für den Arzt der Krankheitszustand. Für Lehren praktischen Verhaltens sind überall die ausnahmeweisen Störungen und deren Bekämpfungen von größerem Belang als die normalen Zustände. Mag demgemäß die Jurisprudenz die Erscheinungen des Unrechtes und dessen rechtlicher Bekämpfung zum Ausgangspunkte nehmen und in den Vordergrund stellen; die Erkenntnislehre vom Rechte darf das Unrecht nur als reale Negation des Rechtes, die, wie alles Negative, nur in der Relation zu einem vorausgehenden Affirmativen begreifbar ist, behandeln.

Bei ethisch richtigen Bewertungen werden die Rechtsfolgen unverschuldeter Unregelmäßigkeiten positivrechtlich anders geregelt, als jene der verschuldeten. Schuldfreien Angriffen auf rechtliche Interessen wird mittelst der diesen beigegebenen sozialen Machten ausreichend begegnet. Straffolgen wären hier zwecklose Übel, da sie künftige unverschuldete Unrechtmäßigkeiten gleicher Art nicht zu verhindern

vermöchten. Werden solche gleichwohl durch Rechtsregeln verfügt, sei es weil die Zwecklosigkeit eines Strafverfahrens nicht eingesehen wird, sei es weil die Beurteilung, ob Verschulden vorliegt oder nicht, besonderen Schwierigkeiten unterliegt, so beruht zwar die betreffende Strafrechtsregel auf unrichtigen Bewertungen und ist insoferne ethisch verwerflich; die ihr entsprechenden Strafverfügungen sind jedoch vollkommen rechtmäßig. Dagegen werden schuldfreie Unrechtmäßigkeiten dadurch, daß sie von einer Strafrechtsregel betroffen sind, keineswegs zu rechtspflichtwidrigen. Positives Recht kann eine schuldfreie Rechtswidrigkeit zu einer strafbaren, niemals aber zu einer pflichtwidrigen gestalten, weil die Pflicht, sich den Rechtsregeln gemäß zu verhalten, nicht durch diese, sondern durch Vernunftnormen begründet wird.

Schuldhafte Rechtsverletzungen können durch Rechtsregeln, nach denen sie mit einem, ihren Urhebern angedrohten, Übel verbunden sind, in Hinkunft abgehalten werden. Ob und inwieweit ein positives Recht von dieser Möglichkeit Gebrauch macht, hängt von den seinen Quellen zugrundeliegenden Wertungen ab. Strafbarkeit in ethischem Sinne ist also eine ganz andere Vorstellung als Strafbarkeit im Sinne des positiven Rechtes und einer Wissenschaft vom positiven Rechte. Für letztere bedeutet Strafbarkeit jene Qualifikation unrechtmäßigen Verhaltens, welche daraus resultiert, daß dieses in einer bestimmten Rechtsordnung von Straffolgen regelmäßig begleitet ist. Für das Verständnis jeder solchen Strafrechtsregel, wie jeder andern Rechtsregel, sind nicht ideale Rechtssätze und objektive Werte, sondern die in den Rechtsquellen des in Frage kommenden Rechtsgebietes enthaltenen Rechtssätze und die diesen zugrunde liegenden subjektiven Wertungen maßgebend. Auch einer ihrem stofflichem Inhalte nach ethisch verwerflichen Strafrechtsregel gegenüber obliegt jedem Einzelnen die

ethische Pflicht, das Verbotene zu unterlassen und sich im Falle der Verbotsverletzung der Strafe zu unterziehen, weil das Strafrecht einen Bestandteil der Rechtsordnung bildet. Hier wie überall können sich zwischen der den Anschluß an die Rechtsordnung heischenden ethischen Pflicht und anderen ethischen Pflichten Kollisionen ergeben, deren Lösung dem Gewissen jedes Einzelnen überlassen bleiben muß.

Sokrates hat die Pflicht, sich jeder, wenn auch unvernünftigen Regel positiven Rechtes zu fügen, anerkannt, als er es ablehnte, sich der über ihn verhängten Todesstrafe zu entziehen. Er legte der Pflicht, sich dem positiven Rechte seines Landes zu fügen, eine höhere ethische Bedeutung bei, als der mit ihr kollidierenden Pflicht, sein Leben und sein für sein Volk kostbares Wirken zu erhalten.

VIII. Abschnitt.

D. Rechtsquellen sind die Motivationen regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens, deren subjektiver Faktor soziales Rechtsgefühl ist.

1. Bestünde das positive Recht aus Forderungen, welche an die Rechtsgenossen von einem ihnen übergeordneten imperativischen Wollen gerichtet sind, so würden — wie bereits im Abschn. II, Z. 3 bemerkt wurde — die Begriffe Recht und Rechtsquelle zusammenfallen. Gesetzesrecht wäre gleichbedeutend mit Rechtsgesetz, Gewohnheitsrecht gleichbedeutend mit Rechtsgewohnheit. Die Begriffe Recht und Gesetz könnten nur insoferne von einander geschieden werden, als Recht der weitere, Gesetz der engere Begriff wäre.

Bei jedem Erkenntnisobjekte sind jedoch die Gründe seiner Entstehung und seines Fortbestandes von den Gründen, aus denen die Erkenntnis von ihm gewonnen wird, die Realgründe von den Wissensgründen der Erscheinungen

9*

ethische Pflicht, das Verbotene zu unterlassen und sich im Falle der Verbotsverletzung der Strafe zu unterziehen, weil das Strafrecht einen Bestandteil der Rechtsordnung bildet. Hier wie überall können sich zwischen der den Anschluß an die Rechtsordnung heischenden ethischen Pflicht und anderen ethischen Pflichten Kollisionen ergeben, deren Lösung dem Gewissen jedes Einzelnen überlassen bleiben muß.

Sokrates hat die Pflicht, sich jeder, wenn auch unvernünftigen Regel positiven Rechtes zu fügen, anerkannt, als er es ablehnte, sich der über ihn verhängten Todesstrafe zu entziehen. Er legte der Pflicht, sich dem positiven Rechte seines Landes zu fügen, eine höhere ethische Bedeutung bei, als der mit ihr kollidierenden Pflicht, sein Leben und sein für sein Volk kostbares Wirken zu erhalten.

VIII. Abschnitt.

D. Rechtsquellen sind die Motivationen regelmäßigen rechtlich-sozialen Verhaltens, deren subjektiver Faktor soziales Rechtsgefühl ist.

1. Bestünde das positive Recht aus Forderungen, welche an die Rechtsgenossen von einem ihnen übergeordneten imperativischen Wollen gerichtet sind, so würden — wie bereits im Abschn. II, Z. 3 bemerkt wurde — die Begriffe Recht und Rechtsquelle zusammenfallen. Gesetzesrecht wäre gleichbedeutend mit Rechtsgesetz, Gewohnheitsrecht gleichbedeutend mit Rechtsgewohnheit. Die Begriffe Recht und Gesetz könnten nur insoferne von einander geschieden werden, als Recht der weitere, Gesetz der engere Begriff wäre.

Bei jedem Erkenntnisobjekte sind jedoch die Gründe seiner Entstehung und seines Fortbestandes von den Gründen, aus denen die Erkenntnis von ihm gewonnen wird, die Realgründe von den Wissensgründen der Erscheinungen

ihres besonderen Rechtes, nicht an den realen Gründen seines Bestandes interessiert ist. „Rechtsquelle" bedeutet für sie die Quelle, aus der sie ihre praktischen Belehrungen schöpft. Es ist für sie ganz gleichviel, ob gesagt wird: das geltende Recht oder ein Gesetz heischt diese oder jene Handlungsweise. Eine wissenschaftliche Theorie vom Rechte aber kann sich der Aufgabe nicht entschlagen, festzustellen, auf welche Weise positives Recht überhaupt, wo und wann immer es geschichtlich auftrete, zustandekomme und in seinem Bestande erhalten werde. „Rechtsquelle" bedeutet für sie nicht bloß einen Wissensgrund, eine Tatsache, aus der auf die Geltung einer Rechtsregel logisch geschlossen werden kann, sondern eine Tatsache, welche einer Rechtsregel in der erfahrungsmäßigen Erkenntnis notwendig vorausgeht, ohne welche die Rechtsregel nicht entstanden wäre und keinen Bestand hätte. Gewiß muß der Begriff des Rechtes, ebenso wie der Begriff eines jeden anderen Gegenstandes, losgelöst von den Ursachen oder Gründen der Entstehung des Gegenstandes und seiner Fortdauer, definiert werden. Allein gerade diese Trennung nötigt den wissenschaftlichen Forscher dazu, den Begriff „Rechtsquelle" als denjenigen eines vom Rechte verschiedenen, ihm in der Gedankenfolge vorausgehenden, aber mit ihm notwendig zusammenhängenden Erfahrungsobjektes festzustellen. Die soziologische Rechtslehre wird dieser Aufgabe vollständig gerecht. Sie erkennt in den Rechtsquellen und in den Rechtsregeln zweierlei verschiedene, untereinander im Verhältnis von Grund und Folge stehende, Erfahrungsobjekte.

Wie alle Handlungen und Unterlassungen gehen auch jene des rechtlich sozialen Verhaltens aus Motivationen hervor, die aus äußeren Reizen und aus — von diesen angeregten — Gefühlen zusammengesetzt sind. Die dem rechtlich sozialen Verhalten zugrunde liegenden Gefühle enthalten das Bedürfnis und den Wunsch, daß be-

stimmte Arten von Willensbetätigungen innerhalb der Gesellschaft eine soziale Unterstützung, andere eine soziale Einschränkung erfahren; sie heißen deshalb Rechtsgefühle.[52])

Das Rechtsgefühl kommt nicht als aktueller, in einem gegebenen Augenblicke wirksamer Seelenzustand, sondern in gleichem Sinne, wie wir von einem musikalischen Gefühle, von einem Taktgefühle, von Verstand und Willen sprechen, als geistige Anlage, als Potenz oder Regel, wonach unter bestimmten Voraussetzungen ein gleichnamiger aktueller Seelenzustand entsteht und besteht, in Betracht. Auch bevor es zur Aktualität gelangt, ist es eine, wenn auch nur latente, psychische Tatsache, die — gleichviel, wie sie von der Psychologie definiert oder erklärt werden mag — für die Rechtswissenschaft eine Regel darstellt, nach welcher in einem bestimmten gesellschaftlichen Kreise aktuelle Rechtsgefühle und — in deren Folge — Motivationen für ein soziales Eingreifen behufs Lösung von Interessenkonflikten stattfinden.

Man gebraucht häufig das Wort „Rechtsgefühl" zur Bezeichnung eines Gefühles für eine den Vernunftnormen entsprechende Verhaltungsweise, für eine Verhaltungsweise, deren stofflicher Inhalt, vom Standpunkte der allgemeinen menschlichen Vernunft beurteilt, „richtig" ist. Von solchen Idealgefühlen sind die positivem Rechte zugrunde liegenden Rechtsgefühle, ihrem Begriffe nach, ebenso verschieden, wie positives Recht von einem seitens der Vernunft geforderten Rechtsideale. Wie positives Recht, können auch die ihm zugrunde liegenden Rechtsgefühle ebensowohl richtig als unrichtig im vorbezeichneten Sinne sein. Einem richtigen, d. h. einem Rechte, dessen Rechtssätze den Vernunftforderungen Rechnung tragen, liegt richtiges, einem derart unrichtigen positiven Rechte liegt unrichtiges Rechtsgefühl zugrunde.

Rechtsgefühl ist ferner von dem auf positives Recht bezogenen Rechtsbewußtsein zu unterscheiden. Jenes ist Bedürfnis und Wunsch nach Bildung einer neuen oder nach Fortdauer einer bereits geltenden Rechtsregel, dieses ist die Überzeugung, daß eine Rechtsregel in Wirklichkeit bestehe. Das Rechtsgefühl resultiert aus allen psychischen Anlagen seines Subjektes und aus den Anregungen, welche diese von außen erfahren, und führt unmittelbar den Antrieb zu einem bestimmten Wollen sozialer Tendenz mit sich. Rechtsbewußtsein hingegen ist ein Wissen vom positiven Rechte, ein verstandesmäßiges Urteil, das von dem Bedürfnisse und Wunsche der Aufrechterhaltung der so erkannten Rechtsregel, d. i. von Rechtsgefühl, begleitet oder nicht begleitet sein mag.

Zu einer Quelle positiven Rechtes kann Rechtsgefühl nur dann werden, wenn es den Rechtsgenossen oder den diese vertretenden behördlichen Personen regelmäßig innewohnt. Vereinzeltes Rechtsgefühl, sein Inhalt möge noch so vortrefflich sein, geht aus einem Gewoge mannigfacher auf seinen Träger einstürmender Reize hervor. In einem Augenblicke entstehend, im nächsten vielleicht sich verändernd oder vergehend, ist es ein für das rechtsgesellschaftliche Leben zufälliges isoliertes Vorkommnis. Es kommt für den Bestand und für die wissenschaftliche Betrachtung einer Rechtsgesellschaft nur insofern in Betracht, als es einen Regelfall, ein Exemplar einer die Rechtsgenossen der Regel nach erfüllenden Art von Rechtsgefühlen darstellt. Erst durch solche Regelmäßigkeit wird eine Regelmäßigkeit rechtlich sozialen Verhaltens, d. i. positives Recht herbeigeführt und aufrechterhalten.

Rechtsgefühl als Rechtsquelle betrachtet ist somit — im Unterschiede von idealen, d. h. idealen Rechtssätzen entsprechenden Gefühlen — eine der Erfahrung angehörende positive und — im Unterschiede von einem individuellen,

diesem oder jenem Menschen innewohnenden — eine sozia le psychische Erscheinung.

2. Der im Abschn. VI, Z. 1 dargelegten Unterscheidung zwischen dem formalen Wesen der Rechtsregeln und deren stofflichen Inhalten korrespondiert eine zweifache Richtung des ihnen zugrunde liegenden Rechtsgefühles.

In der ersten, formalen Richtung enthält es das Bedürfnis nach einer gleichmäßigen sozialen Behandlung vorkommender Interessenkonflikte, nach Geltung allgemeiner Regeln sozialer Unterstützungen und Widerstände. Beim Begriffe des formalen Rechtsgefühles ist von dem stofflichen Inhalte der einzelnen Rechtsregeln abzusehen, seine Tendenz geht bloß dahin, daß eine soziale Machtordnung, positives Recht, überhaupt bestehe.

Die zweite Richtung des Rechtsgefühles betrifft den stofflichen Inhalt der Rechtsregeln, die in ihnen enthaltenen Rechtssätze. Die Bildung dieser besonderen Zweckstoffe kann wohl einzelnen Personen, als Gesetzgebern, anheimgegeben sein, sie kann aber auch von sozialen Rechtsgefühlen unmittelbar ausgehen. Dieselben Kulturbedürfnisse, denen die Rechtsregeln des Eigentums, des Handels, der religiösen Einrichtungen, der öffentlichen Institutionen usw. dienen, bilden den stofflichen Inhalt der diese Rechtsregeln begründenden Rechtsgefühle. Zahlreiche ethische und wirtschaftliche Mißbegriffe des positiven Rechtes haben in falschen Wertungen, deren sich nicht bloß die gesetzgebenden Faktoren, sondern die Rechtsgenossen selbst schuldig machen, ihren Grund. Die Rechtsgeschichte weist nur allzu viele Beispiele von weitgehenden Verirrungen des positiven Rechtsgefühles rücksichtlich seines stofflichen Inhaltes auf. So zahlreich und so kraß freilich wie beim einzelnen Menschen Verstöße gegen ideale Anforderungen stattfinden, können solche bei sozialen Rechtsgefühlen nicht einreißen. Denn das Rechtsgefühl wirkt nicht bloß im Wider-

streite gegen egoistische Interessen seines Subjektes; es wirkt in viel ausgedehnterer, reinerer und stärkerer Weise gegenüber Interessenkonflikten anderer Personen, wo die Störung durch egoistische Interessen mangelt. Selbst im Kampf ums eigene Recht wurzelt das diesen begleitende Rechtsgefühl des Berechtigten nicht in dessen individuellem Interesse, sondern im Bewußtsein der Übereinstimmung des letzteren mit einer Rechtsregel und in dem durch diese Übereinstimmung begründeten Anspruche auf soziale Unterstützung, die dem um sein eigenes Recht Kämpfenden gerade so zu gewähren sei, wie jedem andern Rechtsgenossen. Daher führt positives soziales Rechtsgefühl wohl eine Präsumtion der Übereinstimmung der ihm zugrunde liegenden Wertungen mit objektiven Kulturwerten und den an diese geknüpften normativen Forderungen mit sich. Aber zu seinen begrifflichen Merkmalen gehört solche Übereinstimmung keineswegs. Die materiellen Rechtsgefühle, welche zu den Rechtsregeln und Rechtsverhältnissen der Sklaverei, der Leibeigenschaft, zu staatlichen Verfolgungen Andersgläubiger, zur Rechtloserklärung landesfremder oder solcher Personen, die sich irgendwie gegen die Landesgesetze vergangen haben, zu Blutrache, Vielweiberei usw. geführt haben, sind begrifflich nicht verschieden von jenen, welche die Abolition aller dieser Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse und deren Ersatz durch ein der geistigen und leiblichen Kultur dienlicheres Recht bewirkt haben. Solche Wandlungen gehen normaler Weise derart vor sich, daß sich allmählich ein materielles soziales Rechtsgefühl entwickelt und das am Hergebrachten haftende formale Rechtsgefühl überwindet. Allein auch Revolutionen entstehen zumeist aus Kollisionen zwischen formalem und materiellem sozialen Rechtsgefühle.[53])

Ähnlich wie die formale Rechtspflicht, sich den jeweils geltenden Rechtsregeln gemäß zu verhalten, eine einheit-

liche ist und nur durch die einzelnen Rechtsregeln eine Spezialisierung in besondere, diesen entsprechende Pflichten erfährt, so ist auch das formale Rechtsgefühl einheitlichen Inhaltes. Die stofflichen Rechtsgefühle aber sind so mannigfaltigen Inhaltes, als die jeweils vorgestellten rechtlichen Zweckstoffe. Jeder die Rechtsgenossen oder ihre Behörden regelmäßig erfüllenden Vorstellung von einem sozialen Kulturzwecke korrespondiert ein besonderes Bedürfnis und ein besonderer Wunsch, ihn der Verwirklichung im positiven Rechte zuzuführen, ein besonderes materielles Rechtsgefühl.

Die Unterscheidung zwischen dem formalen und dem materiellen Rechtsgefühle ist für die gesamte Rechtsquellentheorie von erheblichster pragmatischer Bedeutung. Ohne sie kann weder die Rechtsgewohnheit als Quelle von Gewohnheitsrecht, noch das Rechtsgesetz als Quelle des gesetzlichen Rechtes voll verstanden werden.[54])

3. Unter „Rechtsgewohnheit" als Rechtsquelle ist eine der Vergangenheit und Gegenwart angehörende Gleichmäßigkeit sozialer Unterstützungen und Hemmungen, welche einzelnen Rechtsgenossen von den übrigen, sei es unmittelbar, sei es durch Vermittlung der die sozialen Interessen vertretenden Behörden zuteil geworden sind, zu verstehen.[55]) Die hievon abweichende, derzeit noch vorherrschende Meinung, daß Rechtsgewohnheiten in verkehrsüblichen Betätigungen von Einzelinteressen der einzelnen Rechtsgenossen unter einander bestehen, bietet keine ausreichende Grundlage für die Erklärung des Gewohnheitsrechtes. Solange man als Gegenstand der Rechtsgewohnheiten Handlungen und Unterlassungen ansieht, welche behufs Wahrung isolierter Interessen von den einzelnen Bevölkerungskreisen angehörenden Personen vorgenommen zu werden pflegen, bleibt es unerklärlich, wie aus solchem Verhalten, zumal wenn es einer geltenden

Rechtsregel zuwiderläuft, eine für das ganze Rechtsgebiet giltige Rechtsregel erwachsen könne. Solche Verkehrsüblichkeiten mögen, wie in Abschn. IV, Z. 2 ausgeführt wurde, für die Auslegung von Rechtsgeschäften von Belang sein, sind jedoch weder Rechtsregeln noch Rechtsquellen. Ihre Verwechslung mit den wahren Rechtsgewohnheiten, den Gewohnheiten sozialer Unterstützungen oder Widerstände, verschuldet alle jene Denkschwierigkeiten, welche der herrschenden Theorie des Gewohnheitsrechtes anhaften und nur deshalb wie ein theoretisches Fatum hingenommen zu werden pflegen, weil Gewohnheitsrecht gegenüber dem Gesetzrechte in der neueren Rechtsentwicklung immer mehr zurücktritt, indem neu auftauchenden sozialen Kulturbedürfnissen durch die Gesetzgebung Rechnung getragen wird. Dies mag die Jurisprudenz, darf aber nicht die allgemeine Rechtslehre verleiten, die Bedeutung des Gewohnheitsrechtes zu unterschätzen.

Erkennt man als Material der Rechtsgewohnheiten soziale Unterstützungen und Hemmungen, so erscheinen sie als Rechtsquellen kraft jenes verstandesnotwendigen Induktionsschlusses, nach welchem der beurteilende Verstand aus wahrgenommenen Gleichmäßigkeiten bisheriger Vorkommnisse Regeln, die auch für die Zukunft gelten, gewinnt. Hat eine Art sozialer Lösung von Interessenkonflikten bisher gewohnheitsmäßig stattgefunden, so drängt sich, vermöge der logischen Norm der Induktion, dem menschlichen Verstande die Annahme, daß die Gleichmäßigkeit des sozialen Verhaltens keine zufällige ist, sondern auf einer Gleichmäßigkeit der einschlägigen Motivationen beruht, und damit zugleich die Folgerung auf, daß die Gleichmäßigkeit auch weiterhin platzgreifen werde, somit eine Regel des sozialen Lebens bilde (Abschn. V, Z. 1). Alles Gewohnheitsrecht weist demnach auf positive soziale Rechtsgefühle zurück, während andererseits so-

ziales Rechtsgefühl allmählich zu Rechtsgewohnheiten und mittelst derselben zu Gewohnheitsrecht führt.

Aus dem inneren Zusammenhange, der zwischen Rechtsgefühl und Rechtsgewohnheiten obwaltet, erklärt es sich, daß Gewohnheitsrecht oft angenommen wird, ohne daß gerade zahlreiche Rechtsfälle der jeweils in Frage kommenden Art vorausgegangen wären. In Wahrheit liegt dann noch keine Rechtsgewohnheit und kein Gewohnheitsrecht, sondern vorerst nur soziales Rechtsgefühl und eine aus ihm unmittelbar resultierende Rechtsregel als Voraussage künftiger sozialer Unterstützungen oder Widerstände vor.[56])

4. Wie Gewohnheitsrecht nicht ohne Rechtsgefühl, so kann gesetzliches Recht nicht ohne Rechtsgewohnheiten zustande kommen und bestehen. Wer einzusehen gelernt hat, daß alles positive Recht tatsächlich geltende Regel des sozialen Lebens ist, muß folgeweise auch einsehen, daß es durch Willensäußerungen gesetzgebender Personen für sich allein nicht ins Leben gerufen und erhalten werden kann. Gesetzesimperative an sich bringen keine Rechtsregel hervor, sie werden erst in Verbindung mit einem auf ihre Befolgung gerichteten regelmäßigen Wollen der Rechtsgenossen zu einer Rechtsquelle erhoben. Mangels einer solchen Regel wären die Enunziationen der gesetzgebenden Persönlichkeiten, möchten sie auch in die Sprachform eines Imperativs gekleidet sein, ohnmächtige Velleitäten, wirkungslose Anreden. Die soziale Gewohnheit des Gesetzesgehorsams geht aber nicht bloß dahin, daß jeder einzelne Rechtsgenosse sich selbst bei Betätigung seiner eigenen Interessen innerhalb der vom Gesetze vorgeschriebenen Schranken halte, sondern zugleich dahin, daß jede so geartete Interessenbetätigung Anderer sozialen Schutz genieße und daß jede die gesetzlichen Grenzen überschreitende Interessenverfolgung

sozialem Widerstande begegne. Demzufolge trägt sie das Kriterium einer Rechtsgewohnheit an sich. Erst kraft ihrer kommt den als Gesetzgeber fungierenden Persönlichkeiten die Autorität zu, durch ihre in bestimmten Formen geäußerten Gebote und Verbote an der Rechtsschöpfung mitzuwirken. Die Verfassungsgesetze, auf die sich die gesetzgeberische Tätigkeit gründet, bilden nur ein Mittelglied im Zusammenhange zwischen dem einzelnen Gesetze und der Gehorsamsregel; denn auch ihre Geltung als Rechtsregeln ist nur unter der Voraussetzung eines ihnen regelmäßig gezollten Gehorsams möglich.

Das dem regelmäßigen Gesetzesgehorsam zugrunde liegende Rechtsgefühl ist seinem Begriff nach ein formales, weil es nicht notwendig eine Billigung des Gesetzesinhaltes enthält, sondern eine rechtliche Ordnung an sich zum Gegenstande hat. Auch gegenüber Gesetzen, deren Rechtssätze von den Rechtsgenossen als unbillig empfunden oder für unrichtig gehalten werden, behält die Gehorsamsregel solange Geltung, als das ihr zugrunde liegende formale Rechtsgefühl nicht etwa durch ein dem Gesetzesinhalte widerstreitendes materielles Rechtsgefühl und ein diesem entwachsendes Gewohnheitsrecht überwunden wird. Doch ist ihre Geltung und Wirksamkeit weit stärker, wenn sie zugleich von einem materiellen Rechtsgefühl, dessen Inhalt mit dem Gesetzesinhalte zusammenfällt, getragen wird, somit positives Rechtsgefühl in seinen beiden Richtungen dazu beiträgt, ein Gesetz zur Rechtsquelle zu erheben. Entwickelt sich ein dem stofflichen Inhalte eines Gesetzes widerstrebendes materielles soziales Rechtsgefühl, so wird diesem Gesetze gegenüber das formale Rechtsgefühl allmählich erlahmen. Das Gesetz wird sodann nach und nach wirkungslos, es hört auf Rechtsquelle zu sein und an seine Stelle tritt ein durch das neue materielle Rechtsgefühl begründetes Gewohnheitsrecht.

Rechtsgefühl gelangt den Rechtsgesetzen gegenüber nicht bloß als Motiv zum Gehorsam, sondern auch als Motiv bei der Gesetzesauslegung, zur Geltung. Jede Befolgung eines Gesetzes involviert eine bestimmte Auffassung von seinem stofflichen Inhalte. Lassen die Gesetzesworte zweierlei oder mehrerlei Auffassungen zu, so ist die Gesetzesbetätigung von einer Wahl unter diesen Auffassungen, d. h. von einer Gesetzesauslegung, bedingt. Im nachfolgenden Abschn. IX wird darzulegen sein, daß die Gesetzesauslegung grundsätzlich zweierlei Ziele verfolgen kann: die Feststellung des Sinnes, welcher dem Gesetze gemäß den Ansichten seiner Schöpfer und die Feststellung des Sinnes, der ihm gemäß den jeweils gefühlten Verkehrsbedürfnissen beizumessen ist. Im ersten Falle wird sie von formalem, im zweiten Falle wird sie von materiellem Rechtsgefühl bestimmt. Immer aber fungieren die Gesetze nur in dem Sinne und nur insoweit als Rechtsquelle, als sie jeweils regelmäßig ausgelegt werden (Abschn. IX, Z. 4—5).

Am deutlichsten tritt die Mitwirkung des Rechtsgefühles und der von ihm herbeigeführten Rechtsgewohnheiten zur Entstehung und zum Bestande gesetzlichen Rechtes bei rezipierten, nicht durch die heimische staatliche Gesetzgebung angeordneten, Gesetzen zutage. Das ihnen entsprechende Recht ist Produkt einesteils der rezipierten Gesetze, andernteils der aus einer allgemeinen Bewertung ihres stofflichen Inhaltes hervorgehenden gewohnheitsrechtlichen Befolgung. Daß der jurisprudenzielle Sprachgebrauch, von dem ihnen regelmäßig gezollten Gehorsam absehend, die rezipierten Gesetze an und für sich als Recht bezeichnet, beruht wieder nur auf der unwissenschaftlichen Gleichstellung von Recht und Gesetz. Im wissenschaftlichen Sprachgebrauch kann von einem „heutigen römischen Rechte“ nicht die Rede sein. Es wäre, theoretisch betrachtet, ein Nonsens, die Tatsache, daß der Inhalt der einstens in Rom erlassenen

Gesetze Jahrhunderte später in ganz anderen Rechtsgebieten als Rechtsquelle gilt oder gegolten hat, durch Gesetzesbefehle der einstigen römischen Staatsoberhäupter oder durch eine normative Kraft derselben begründen. zu wollen.

5. Alle Rechtsanalogie ist Ausfluß eines Rechtsgefühles. Jeder Rechtssatz besteht in einer gedankenmäßigen hypothetischen Verbindung eines vorgestellten Tatbestandes mit einer vorgestellten Rechtsfolge. Bildet der Rechtssatz den Inhalt einer tatsächlich geltenden Rechtsregel, so wird die bisher bloß im subjektiven Denken des den Rechtssatz Aufstellenden vollzogene hypothetische Verbindung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge zu einer objektiv gegebenen sozialen Erscheinung. Die Rechtsanalogie zieht nun daraus, daß die Voraussetzungen eines zunächst nur vorgestellten Rechtssatzes den Voraussetzungen eines anderen, in einer tatsächlich geltenden Rechtsregel enthaltenen Rechtssatzes ähnlich sind, die Folgerung, daß auch jener den Inhalt einer Rechtsregel bilde. Wenn öfters gesagt wird, Rechtsanalogie folgere die Richtigkeit eines Rechtssatzes daraus, daß seine Voraussetzungen denjenigen eines andern, bereits als „richtig" anerkannten, Rechtssatzes ähnlich seien, so kann, vom Standpunkte des positiven Rechtes beurteilt, unter „Richtigkeit" nichts anderes als die Eigenschaft, Inhalt einer Rechtsregel zu sein, verstanden werden. Was bedeutet aber „Ähnlichkeit der Voraussetzungen" zweier Rechtssätze? Bloß äußere Ähnlichkeit der Tatbestände als natürliche Vorgänge kann nicht gemeint sein. Denn die in einem Rechtssatze vollzogene Verknüpfung zwischen Tatbestand und Rechtsfolge beruht nicht auf den natürlichen Eigenschaften oder natürlichen Wirksamkeiten des Tatbestandes, sondern auf seiner Wertung vom Gesichtspunkte und nach dem Maßstabe sozialer Interessen. Der Rechtssatz (und demgemäß auch die ihn etwa enthaltende Rechtsregel): „Okkupation begründet Eigen-

tum" z. B., beruht nicht auf dem physischen Akte der Okkupation, sondern darauf, daß es den sozialen Interessen dienlich erscheint, demjenigen, welcher eine bisher herrenlose Sache in Besitz nimmt, rechtlichen Schutz, das ist eine soziale Macht über die Sache zu gewähren. Daher kann auch die Ähnlichkeit eines Tatbestandes mit einem anderen als Grundlage der Rechtsanalogie nur die Bedeutung beider für soziale Zwecke betreffen. Nach natürlicher Beurteilung sind sprachliche Äußerungen dem Schweigen nicht ähnlich, vielmehr kontradiktorisch entgegengesetzt. Gleichwohl wird ein Schweigen in vielen rechtlichen Beziehungen einer sprachlichen Äußerung analog behandelt, zuweilen sogar dann, wenn es unbeabsichtigt, somit nicht einmal als Unterdrückung einer Willensäußerung qualifizierbar ist. Die Ähnlichkeit kann nur darin liegen, daß dem Schweigen in diesen Fällen eine ähnliche soziale Bedeutung für die sozialen Interessen wie einer Willenserklärung beigelegt wird, daß also das Rechtsgefühl in diesen Fällen den Eintritt jener Rechtsfolgen, welche eine Willenserklärung begleiten, heischt, während in anderen Fällen das Schweigen keine oder andere Rechtsfolgen mit sich zieht. Dasselbe gilt von allen Rechtsanalogien.

Auch für die rechtliche Bedeutung des Analogieschlusses kommt es nicht darauf an, daß er vom Rechtsgefühle irgend einer Einzelperson, wäre sie auch ein Richter, gefordert und gezogen wird, sondern darauf, ob das den Analogieschluß fordernde Rechtsgefühl ein innerhalb der Rechtsgesellschaft allgemeines, d. h. regelmäßig obwaltendes oder soziales ist.

6. Die unrichtige Gleichsetzung der Begriffe Gesetz und Recht führt zu der nicht minder unrichtigen Gleichsetzung der Begriffe: Gesetzeslücke und Rechtslücke. Gesetzeslücken sind vorhanden, wenn die Rechtsgesetze rücksichtlich der Lösung einer Art von Interessenkonflikten

keine Bestimmungen enthalten. Lücken im Rechte hingegen greifen erst dann Platz, wenn in Ansehung einer Art von Interessenkonflikten überhaupt keine Quelle positiven Rechtes, auch keine Rechtsgewohnheit und kein positives soziales Rechtsgefühl gegeben ist. Daher kann man wohl von einer Gesetzeslücke sagen, daß sie während ihres Bestandes durch eine andere Rechtsquelle (Rechtsgewohnheit, Rechtsgefühl) ausgefüllt werde; von Ausfüllung einer Rechtslücke während ihres Bestandes zu sprechen ist jedoch sinnlos. Denn sobald eine Lücke im Rechte ausgefüllt wird, besteht sie nicht mehr, gleichviel welcher Rechtsquelle die neue, zur Ausfüllung der ehemaligen Lücke ins Leben getretene Rechtsregel entstammen mag. Durch richterliche Entscheidungen, die einer materiell rechtlichen Begründung durch Rechtsregeln ermangeln, wird eine Lücke im objektiven Rechte nicht beseitigt; es kann dadurch wohl subjektives, nicht aber objektives Recht begründet werden. Was dies des öfteren verkennen läßt, ist die Verwechslung der prozeßrechtlichen und rechtsgeschäftlichen Wirksamkeit der Urteilssentenz, kraft deren sie ein einzelnes Rechtsverhältnis ins Leben ruft, mit der Richtigkeit oder Rechtsmäßigkeit der ihr zugrunde liegenden rechtlichen Beurteilung. (Abschn. IX, Z. 2.)

Wenn ein Gesetz vorschreibt, der Richter möge über Interessenkollisionen, rücksichtlich deren die Gesetze keine spezielle Bestimmung getroffen haben, also Lücken aufweisen, nach „natürlichen Rechtsgrundsätzen" entscheiden, so liegt die Annahme zugrunde, daß irgend welche Grundsätze darüber, ob soziale Unterstützungen oder Hemmungen platzgreifen sollen, als ideale Forderungen der menschlichen Vernunft allen vernunftbegabten Menschen zugänglich seien. Solche ideale Forderungen sind wohl in der menschlichen Vernunft enthalten, jedoch so abstrakt sche-

matische, daß sie im einzelnen Falle die verschiedensten subjektiven Anwendungen erfahren. Die Verweisung auf sie bedeutet deshalb in Wirklichkeit nichts anderes als: der Richter möge die ihm vorliegenden Interessenkonflikte danach beurteilen, ob er die Gewährung einer sozialen Macht oder die Auferlegung einer sozialen Machteinschränkung in allen, der gerade vorliegenden, gleichartigen Interessenkollisionen für vernünftig, d. h. den jeweiligen Kulturbedürfnissen seiner Gesellschaft entsprechend, erachte; er möge also sein persönliches Rechtsgefühl zur Richtschnur nehmen. Allein das subjektive Rechtsgefühl eines Richters bezüglich der Art, wie bestimmte Streitfälle zu beurteilen seien, kann dem subjektiven Rechtsgefühle anderer Richter widerstreiten. Dann können wohl beide Urteilssentenzen nebeneinander Rechtskraft, d. i. rechtsgeschäftliche Wirksamkeit, besitzen, von ihren einander widersprechenden materiell rechtlichen Begründungen jedoch kann nur eine rechtmäßig sein. Es wäre widersinnig, anzunehmen, daß beide zugleich objektives Recht betätigen.

Die gesetzliche Anordnung, der Richter möge beim Obwalten einer Gesetzeslücke nach „natürlichen", richtiger nach vernünftigen, Rechtsgrundsätzen entscheiden, ist daher nur unter der Annahme, daß das „natürliche" Rechtsgefühl mit dem sozialen Rechtsgefühl zusammenfalle, eine Quelle positiven Rechtes. Für diese Voraussetzung streitet die Vermutung. Deshalb mag eine gesetzliche Anordnung der gedachten Art im ganzen und großen die gleiche praktische Wirksamkeit haben, wie die Anordnung, der Richter möge die herrschenden Rechtsanschauungen zur Geltung bringen.

Von größerem praktischen Belange ist die in Rede stehende Unterscheidung zwischen dem persönlichen richterlichen Rechtsgefühl als solchem und seiner Bedeutung als

Exemplar eines sozialen Rechtsgefühles bei jenen in der neueren Gesetzgebung immer häufigeren Bestimmungen, welche nicht auf „natürliche Rechtsgrundsätze", sondern auf die Bedürfnisse oder Anschauungen des Verkehrs oder auf andere im sozialen Leben vorkommende Bewertungen streitiger Interessen verweisen. In den einschlägigen Fällen pflegen die Gerichte mit gutem Grunde im Zuge des Prozeßverfahrens sogenannte „Sachverständige" zu befragen, eine Maßregel, die im wesentlichen die Erforschung des in den betreffenden Volkskreisen herrschenden Rechtsgefühles bedeutet und ihren Grund im Bedürfnisse des Richters hat, sein persönliches Rechtsgefühl in der Richtung, ob es mit dem sozialen übereinstimmt, zu kontrollieren.

7. Aus dem eben Gesagten ergibt sich die Unstichhältigkeit des öfters gehörten Einwandes, daß ein in dem hier entwickelten Sinne rücksichtlich einzelner Rechtsfragen im Kreise der Rechtsgenossen herrschendes Rechtsgefühl nicht erkennbar sei, weil Rechtsgefühl etwas nur im Innern einzelner Menschen gegebenes und zum Bewußtsein gelangendes sei. Auch hier, wie so oft, wird übersehen, daß Erkenntnisse nicht aus äußeren und inneren Wahrnehmungen allein, sondern auch aus Verstandestätigkeiten geschöpft werden. Das Mittel, welches uns der Verstand zur Erkenntnis der Gefühle anderer Menschen, somit auch der Erkenntnis von Regeln solcher Gefühle, an die Hand gibt, ist die Analogie als Grundlage von Induktionsschlüssen.

Logische Induktion findet nicht bloß im Wege der Konstatierung einer großen Anzahl gleichartiger Fälle, sondern auch im Wege der Konstatierung eines einzelnen Falles statt, soferne nur die Annahme begründet ist, daß die ihm zugrunde liegenden Faktoren in einem bestimmten Kreise gleichmäßig wiederkehren. So gelangen die Naturwissenschaften mittelst einzelner Erfahrungen oder Experimente zu allgemeinen Regeln, indem sie das Resultat des einzelnen

Falles auf andere, aus ähnlichen Faktoren und unter ähnlichen Umständen sich ergebende Fälle analog anwenden. In gleicher Weise kann aus der Konstatierung des Rechtsgefühles, das sich gegenüber einem einzelnen Rechtsfalle bei einem einzelnen oder bei einer, wenn auch nur geringen Zahl von Beurteilern geltend macht, in logisch korrekter Weise der Analogieschluß gezogen werden, daß ein gleiches Rechtsgefühl regelmäßig auch bei den anderen Rechtsgenossen, welche unter gleichartigen Umständen gleichartige andere Rechtsfälle zu beurteilen hätten, rege sein werde.

Um also ein soziales Rechtsgefühl in Ansehung bestimmter Arten von Interessenkollisionen festzustellen, wird der zur Rechtsanwendung Berufene zunächst *sein eigenes Rechtsgefühl* befragen und daraus die *Präsumtion* schöpfen, daß dieses mit den im Bereiche seiner Rechtsgesellschaft, wenn auch nur potentiell, obwaltenden Rechtsgefühlen übereinstimme. Allein er darf sich hiemit, wenn er in Ermanglung einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Regelung überhaupt zu einer materiellrechtlich richtigen Entscheidung nach positivem Rechte gelangen will, nicht begnügen. Er muß sein subjektives Rechtsempfinden *kontrollieren*, indem er die Meinungen anderer zuständiger Rechtsgenossen, vor allem die bezüglich ähnlicher Fälle in der Jurisprudenz seines Landes, in Gerichtsentscheidungen und nicht zuletzt in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gelangten Rechtsanschauungen heranzieht und nötigenfalls einem auf diesem Wege konstatierten sozialen Rechtsgefühle den Vorrang vor seiner etwa abweichenden individuellen Meinung einräumen. Gerade darin zeigt sich die Unzureichenheit des Rechtsgefühles eines Einzelnen zu einer *positivrechtlichen* Lösung zweifelhafter Rechtsfragen, daß dessen *ausschließliche* Berücksichtigung dazu führen würde, in Rechtsfragen alle gei-

stige Autorität, darunter insbesondere auch jene der Gesetzesmaterialien, für wertlos zu halten. Die Motive, welche bei Erlassung eines Gesetzes maßgebend waren, stimmen, da die Gesetzesverfasser zu den in sozialen Dingen erfahrensten und einsichtigsten Rechtsgenossen zu rechnen sind, in aller Regel mit den zu ihrer Zeit obwaltenden sozialen Rechtsanschauungen überein; und die Vermutung streitet, solange keine durchgreifenden Gründe für die gegenteilige Annahme nachweisbar sind, nach dem alle Erfahrung beherrschenden Gesetze der Beharrlichkeit, für deren Fortdauer.

Nur so viel ist wahr, daß positives materielles Rechtsgefühl für sich allein, so lange es sich nicht zu einer Rechtsgewohnheit und weiterhin zu einem Rechtsgesetze verdichtet hat, weniger faßbar und haltbar ist, als die beiden anderen Rechtsquellen. Deshalb führt die Entwicklung der Rechtskultur dahin, der Rechtsquelle des Gesetzes eine stets wachsende, alle Arten von Interessenkollisionen ergreifende Ausdehnung zu verleihen und der unmittelbaren Wirksamkeit sozialer Rechtsgefühle als Rechtsquelle nur im Rahmen der Gesetzesauslegung und der Gesetzesanalogie sowie dort Raum zu lassen, wo es der Gesetzgebung noch nicht möglich erscheint, die einschlägigen Kulturbedürfnisse erschöpfend zu erkennen und zu würdigen.

8. Die Feststellung, daß alles positive Recht in Regeln des Wollens und Verhaltens der Rechtsgenossen besteht und in letzter Reihe überall aus Motivationen durch regelmäßige Rechtsgefühle der an der Rechtsgesellschaft Teilnehmenden entspringt, hat als einzig mögliche Grundlage für eine Erfahrungswissenschaft vom Rechte an sich nur den Wert einer theoretischen Wahrheit. Sie bietet jedoch auch die Grundlage für eine ethische Beurteilung der Entstehung positiven Rechtes. Wenn Recht nicht ein mehr weniger willkürliches Gedankengebilde einzelner Persönlichkeiten, sondern eine aus Handlungen und Unterlassungen der Rechts-

genossen resultierende soziale Tatsache ist, so sind die Rechtsgenossen für dieses Werk ethisch verantwortlich. Dasjenige, was man „Souveränität" des Staatsoberhauptes nennt, erscheint dann als eine diesem durch das regelmäßige Verhalten der Staatsbürger, gleichviel ob sie sich dessen bewußt sind oder nicht, verliehene soziale Macht. Die wahre Souveränität, die unentziehbare soziale Macht zur Bildung und Ausgestaltung ihrer Rechtsordnung liegt überall in den Händen der Rechtsgenossen.[57])

Aber erst im demokratischen Staate tritt zur Macht, sich ihre Gesetze selbst zu geben, der Wille, von ihr Gebrauch zu machen. Demokratie bedeutet nichts anderes, als daß die Staatsbürger die Gesetzgebung, statt sie einem durch den Zufall natürlicher Gewalten oder Erbfolgen bestimmten Herrscher einzuräumen, selbst unmittelbar oder durch Vermittlung gewählter Vertrauenspersonen ausüben. Sie ist die zugleich dem Wesen des positiven Rechtes und der menschlichen Würde angemessenste Staatsverfassung. Dasselbe ethische Prinzip, welches von den isolierten Menschen verlangt, daß sie die ihnen von der Natur tatsächlich verliehenen Fähigkeiten und Kräfte, sobald sie die zur Wahrnehmung ihrer Interessen erforderliche Reife erlangt haben, in freier Selbstbestimmung betätigen, ergeht an sie auch in ihrer Eigenschaft als Staatsbürger. Während im absolutistischen Staate gesetzliches Recht durch formalen Gesetzesgehorsam und das diesem zugrunde liegende formale Rechtsgefühl geschaffen und aufrecht erhalten wird, kommt im demokratischen Staate auch das materielle Rechtsgefühl der Staatsbürger, wenn auch vermittelt durch von ihnen gewählte Interessenvertreter, zu unbehinderter Geltung. Das soziale Rechtsgefühl erfüllt hier seine Aufgabe nach seinen beiden Richtungen; es heischt in seiner formalen Richtung keine anderen Verhaltungsweisen

als in seiner materiellen Richtung. Infolgedessen erfreuen sich die Staatsbürger als solche jener „Freiheit", welche nichts anderes als ein negativer Ausdruck für soziale Selbstbestimmung ist.

IX. Abschnitt.

Über das Verhältnis der Rechtssprechung zum positiven Recht und seinen Quellen.

A. Das Wesen der Rechtssprechung.

1. Das Richtertum bildet einen notwendigen Bestandteil des Rechtslebens. Es läßt sich denken, daß dieses rücksichtlich eines Teilgebietes materiellrechtlicher Regelung entbehre, so daß die einschlägigen Interessenkonflikte durch willkürliche Verfügungen irgend welcher gesellschaftlicher Organe gelöst werden. Aber ohne solche Organe kann keine Rechtsgesellschaft bestehen, weil sodann die schlechthin unvermeidlichen Interessenkonflikte, sozialen Beistandes und sozialen Widerstandes entbehrend, unablässige wechselseitige Kämpfe, also das kontradiktorische Gegenteil des Rechtszustandes, mit sich führen würden. Es muß daher einen für alle positiven Rechte gültigen Begriff von der richterlichen Rechtssprechung geben, dessen wissenschaftlich genaue Feststellung der allgemeinen Rechtslehre obliegt, während die Jurisprudenz sich mit einer vagen Gemeinvorstellung vom Gerichtswesen bescheiden kann.

Um das Wesen und die rechtliche Bedeutung der Rechtssprechung zu erklären, ist es zunächst erforderlich, den formalen Begriff der Gerichtentscheidung von der ihr zugrunde liegenden und ihren stofflichen Inhalt bildenden rechtlichen Beurteilung des ihr unterliegenden Interessenkonfliktes zu unterscheiden.

Die Normen- und Imperativentheorien wollen diesen formalen Begriff zumeist dadurch charakterisieren, daß sie

die Gerichtsurteile als „Individualbefehle", im Gegensatze zu gesetzlichen generellen Rechtsimperativen, bezeichnen. Durch diese Bezeichnung wird das begriffliche Wesen des Richterspruches nicht erschöpft. Denn nur kondemnatorische Entscheidungen, und auch diese nur dem zu einer Leistung verurteilten, nicht auch dem obsiegenden Streitteile gegenüber, sind imperativischer Natur. Ferner schaffen nur sogenannte konstitutive Urteile (z. B. in Teilungsprozessen, Kostenbestimmungen usw.) neue Rechtsverhältnisse. In der weitaus überwiegenden Mehrzahl legen kondemnatorische Erkenntnisse dem Verurteilten nicht neue Obliegenheiten auf, sondern konstatieren und verkünden bloß eine dem Verurteilten schon vorher aus einer Rechtsregel erwachsene Verbindlichkeit. Die Zahlungsverbindlichkeit des Darlehensnehmers wird nicht erst durch das ihn zur Zahlung verurteilende Erkenntnis, sie war schon vorher durch eine Rechtsregel begründet. Vermochte diese den Rechtszweck nicht zu realisieren, so vermag dies auch kein die Erfüllung der Zahlungsverbindlichkeit heischender richterlicher Befehl als solcher zu bewerkstelligen.

Unserer Auffassung vom positiven Rechte zufolge besteht das begriffliche Wesen der Gerichtserkenntnisse darin, daß sie die Einleitung, den ersten Schritt eines aktuellen sozialen Eingreifens behufs Realisierung des in Frage stehenden Interesses (sei es ein unmittelbar öffentliches, sei es ein mit einem öffentlichen Interesse koinzidierendes Privatinteresse) bilden. Jedes Gerichtserkenntnis hat eine zweifache rechtliche Bedeutung und Wirksamkeit: erstlich die, daß es die Befugnis und Verbindlichkeit der Exekutivbehörden zur Realisierung des von ihm als rechtmäßig erklärten Interesses zur Folge hat, sodann die, daß es den obsiegenden Streitteil in den Stand setzt, die Realisierung des als rechtmäßig anerkannten Interesses durch Inanspruchnahme der Exekutivbehörden

herbeizuführen. Dies gilt sowohl von den privatrechtlichen, als von den öffentlich-rechtlichen Gerichtsentscheidungen, insbesondere auch von den strafrechtlichen. Die Befugnis und Verbindlichkeit der mit dem Strafvollzuge betrauten Behörden, die Strafen ins Werk zu setzen, sind kraft der Strafrechtsregeln bereits bei Eintritt des Deliktes gegeben, zunächst aber von vorheriger richterlicher Feststellung der Strafbarkeit bedingt. Erst durch das Strafurteil werden sie zu unmittelbar realisierbaren entwickelt.

Der formale Begriff des Richterspruches verhält sich zu der ihm innewohnenden rechtlichen Beurteilung so, wie der formale Begriff der Rechtsregel zu den in ihr enthaltenen Rechtssätzen. Die Aufgabe des Gerichtserkenntnisses ist in formaler Beziehung, als bloße Sentenz, die Betätigung einer Rechtsregel und in stofflicher Beziehung, als rechtliche Beurteilung, die Realisierung des in der Rechtsregel enthaltenen Zweckstoffes oder Rechtssatzes.

2. Gerichtsentscheidungen mögen in der großen Mehrzahl richtig, sie können indes auch unrichtig sein. Materiellrechtliche Richtigkeit oder Unrichtigkeit kann von einem Richterspruche aber nur in Ansehung der ihm zugrunde liegenden rechtlichen Beurteilung ausgesagt werden. Für sein begrifflich-formales Wesen ist die Frage, ob er materiell richtig sei, d. h. ob der von ihm angenommene Rechtssatz mit einem in einer Rechtsregel enthaltenen Rechssatze übereinstimmt oder nicht, belanglos. Ein, seinem stofflichen Inhalte nach, unrichtiges rechtskräftiges Gerichtserkenntnis steht in seiner formalrechtlichen Bedeutung einem richtigen gleich. Das eine wie das andere ist der Beginn eines sozialen Eingreifens. Für die Aufrechterhaltung und Fortbildung der Rechtsregeln in Ansehung ihrer stofflichen Inhalte können jedoch nur materiellrechtlich begründete, d. h. eine richtige rechtliche Beurteilung enthaltende, Richtersprüche in Be-

tracht kommen. Unrichtige Entscheidungen sind ihrem stofflichen Inhalte nach soziale Willkürakte, die zwar vermöge einer ihre Rechtskraft begründenden Rechtsregel neue Rechtsverhältnisse hervorbringen, also rechtsgeschäftliche Wirksamkeit haben, jedoch, vom Standpunkte des materiellen Rechtes beurteilt, unrechtmäßig sind. (Abschn. VI, Z. 6.)

Die Frage nach der Bedeutung, welche die Rechtssprechung für das materielle positive Recht hat, ist daher die Frage nach dem Wesen der rechtlichen Beurteilung. Diese ist ein logisches Verfahren, das — da logisches Denken bei allen Menschen ein gleich notwendiges und einheitliches ist — jede beliebige verstandesbegabte Person, ob sie Rechtsgenosse sei oder nicht, in ganz gleicher Weise wie der Richter vollziehen muß. Jedermann, der sich über die ihm in einem einzelnen Interessenkonflikte zukommenden Befugnisse und Verbindlichkeiten klar werden will, jeder Rechtsanwalt oder Gutachter, der einen einzelnen Rechtsfall behandelt, bewegt sich in demselben Gedankengange, wie der Richter, dem der Rechtsfall zur Entscheidung vorgelegt wird. Als Grundlagen richterlicher Entscheidungen haben jedoch rechtliche Beurteilungen eine ihr sonstiges Vorkommen weitaus überragende Wichtigkeit für das rechtlich soziale Leben. Deshalb beschäftigen die Frage, worin das Wesen der rechtlichen Beurteilung als Grundlage der Rechtssprechung liege, ob sie an einen logischen Subsumtionsprozeß gebunden oder welcher sonstigen Art die Bedingungen ihrer Richtigkeit seien, aus welchen Erkenntnisquellen also richtige Entscheidungen geschöpft werden können, die neuere Jurisprudenz in hervorragendem Maße. Alle einschlägigen Diskussionen und Kontroversen ermangeln einer sicheren Basis und müssen unzureichend bleiben, solange sie bloß auf Grund jurisprudenzieller oder rechtspolitischer Gesichtspunkte und Er-

wägungen, in der Absicht, die Judikatur im eigenen Lande möglichst ersprießlich, den Kulturinteressen möglichst förderlich zu gestalten, gepflogen werden. Denn das Problem, ob alle rechtlichen Beurteilungen in logischen Subsumtionsurteilen bestehen, betrifft nicht bloß die Rechtssprechung und nicht bloß ein einzelnes Rechtsgebiet, es betrifft alle möglichen Rechtsgebiete und alle rechtlichen Beurteilungen, wo immer und von wem immer sie stattfinden mögen, gleichermaßen. Daß „richtig" entschieden werden soll, ergibt sich aus der normativen Funktion allen positiven Rechtes; unter welchen Voraussetzungen jedoch eine positivrechtlich richtige Entscheidung möglich ist, kann sich nur aus einer theoretischen Klarstellung dessen, was man unter positivrechtlicher Beurteilung überhaupt und unter deren Richtigkeit zu verstehen hat, ergeben.

Wird das positive Recht als ein Komplex von Regeln, welche Rechtssätze beinhalten, aufgefaßt, so ist jede rechtliche Beurteilung eine logische Subsumtion, mittelst deren der Rechtsfall unter eine den Stoff einer Rechtsregel bildende Gattung von Rechtsfällen eingereiht wird. Die Richtigkeit der rechtlichen Beurteilung ist Richtigkeit bei der Aufstellung des Inhaltes einer Rechtsregel als Obersatz und der Aufstellung des Rechtsfalles als Untersatz. Gäbe es hingegen neben solchem „regelhaften Rechte" eine Art objektiven Rechtes, das nur für einen einzelnen Rechtsfall Gültigkeit hat, ein sogenanntes „individuelles Recht", so bestünde in dessen Bereiche zwischen ihm und dem Einzelfalle keine Relation logischer Über- und Unterordnung und die rechtliche Beurteilung bestünde nicht in der Vorstellung von einer solchen Relation. Um einen Rechtsfall nach einem nur für ihn allein gültigen Rechte zu beurteilen, müßte dieses eine dem individuellen Falle anhaftende Eigenschaft sein, die mittelst der rechtlichen Beurteilung zu entdecken wäre.

Es unterliegt nun keinerlei Zweifel, wird auch von niemandem bestritten, daß die auf klarem, eindeutigem Gesetzesrechte beruhenden rechtlichen Beurteilungen nichts anderes sind, als Subsumtionen des Einzelfalles unter die Rechtssätze des Gesetzes. Fraglich kann nur sein, ob die rechtliche Beurteilung auch dann, wenn die Rechtsgesetze unklar sind, also verschiedene Auslegung zulassen, so daß vom Urteilenden eine unter diesen gewählt werden muß, ferner dann, wenn ihr keine gesetzlichen Bestimmungen zugrunde liegen, in der Feststellung einer Rechtsregel und einer logischen Relation zwischen dieser und dem Einzelfalle, also einer Subsumtion, oder in der Findung einer dem einzelnen Falle eigentümlichen Eigenschaft bestehe. Hinsichtlich dieser, zugleich das Wesen des sogenannten ungesetzten Rechtes betreffenden, Frage erfordert jede der eben genannten zwei Kategorien eine besondere Behandlung.

B. Rechtssprechung auf Grundlage von Gesetzesauslegungen.

4. Gesetzesauslegung bedeutet etwas anderes, wenn man die gesetzlichen Rechtssätze in den gesetzgeberischen Befehl als dessen Gedankeninhalt einbezieht, und etwas anderes, wenn man den Inhalt des Gesetzesbefehles und den Gesetzesinhalt auseinanderhält, indem man als Inhalt des gesetzgeberischen Wollens nur den Befehl: „jus esto", „die folgenden Rechtssätze sollen in Hinkunft den Inhalt tatsächlich geltender Rechtsregeln abgeben", ansieht.[58]) Im letzteren Falle involviert der Begriff des Rechtsgesetzes nicht, daß der Gesetzgeber dessen Gedankeninhalt genau kenne. Auch wenn der Gesetzgeber sich der im Gesetze enthaltenen Rechtssätze in einem bestimmten Sinne bewußt war, wäre doch dieses Bewußtsein kein Bestandteil des Gesetzbefehles und die Auslegung wäre auch dann nicht an diesen Sinn gebunden. Wären hingegen die gesetzlichen

Rechtssätze selbst Gesetzesbefehle, so könnte nur die Erforschung jenes Sinnes, den der Gesetzgeber mit ihnen verbunden hatte, als richtig angesehen werden, jede von diesem Sinne abweichende Auslegung wäre eine befehlswidrige, somit falsche. Ein Befehl als solcher hat keine andere Bedeutung als jene, die ihm sein Autor beigelegt hat. Allein diese letzterwähnte Auffassung des Gesetzesbegriffes ist, wie in Abschn. II, Z. 3 ausgeführt wurde, eine rein fiktive, theoretisch völlig unhaltbare. Hieraus folgt, daß jene Auslegungen, welche einen Gesetzestext zum Gegenstand haben, sich von den Auslegungen, welche andere sprachliche Äußerungen oder literarische Werke behandeln, ihrem logischen Wesen nach nicht unterscheiden. Nur der eigentliche Gesetzesbefehl, der Befehl, mittelst dessen Gesetze erlassen werden und ein ihrem Gedankeninhalte entsprechendes Verhalten angeordnet wird, hat keinen anderen Sinn als den ihm vom Gesetzgeber beigelegten; seine Auslegung ist an die Erforschung dieses Sinnes, des Befehlsinhaltes, gebunden. Die verkündeten Gesetze hingegen sind, wie jedes andere Geisteswerk, einer doppelten Auffassung zugänglich.

Jeder Gedankenausdruck, daher auch jeder Rechtssatz, kann zweierlei Sinn haben. Er kann entweder vom Standpunkte seines Autors oder vom Standpunkte jener, die ihn vernehmen, aufgefaßt werden. Demgemäß kann auch seine Auslegung entweder in der Reproduktion der Gedanken des Autors oder aber in der Feststellung der Gedanken, welche die Äußerung in den Seelen des oder der Adressaten wachzurufen geeignet ist und regelmäßig wachruft, bestehen. Für die erste Auslegungsart ist der seinerzeitige Sprachgebrauch des Autors maßgebend, sie ist literarhistorischer Art, Erforschung des Inhaltes eines der Vergangenheit angehörenden Denkens. Die zweite beruht auf den

jeweils auf Seite der jeweiligen Leser oder Hörer obwaltenden geistigen Dispositionen, sucht also die Erkenntnis von Gegenwärtigem und Zukünftigem. Es ist ganz vergeblich und irrig, bloß die eine oder die andere Auslegungsart als statthaft hinzustellen. Die scharfsinnigste und überzeugendste Darlegung der Tatsache, daß literarische Äußerungen ein selbständiges Dasein, einen von den subjektiven Gedanken ihres Autors unabhängigen Sinn besitzen, verfehlt ihre Bedeutung gegenüber jenem, der es sich gerade zur Aufgabe setzt, die subjektiven Gedanken, welchen der Autor Ausdruck geben wollte, festzustellen; und die gründlichste literarhistorische Auslegung kann denjenigen nicht überzeugen, der sich grundsätzlich gar nicht um die Ermittlung der Gedanken des Autors, sondern um die Feststellung dessen, was die Adressaten unmittelbar aus den ihnen objektiv vorliegenden sprachlichen Äußerungen regelmäßig schöpfen dürften, bemüht.

Dies gilt auch von den Gesetzesauslegungen. Sowohl die eine als die andere Auslegungsart führt zur Feststellung eines Gesetzesinhaltes und kann die in einer Rechtsgesellschaft übliche, das Rechtsleben bestimmende sein. Es kann auch rücksichtlich einzelner Arten von Gesetzen die eine, rücksichtlich anderer die zweite Auslegungsart — sei es auf Grund einer gesetzlichen Auslegungsvorschrift, sei es gewohnheitsmäßig — vorherrschen.[59])

Während nach dem Gesagten zwischen der Auslegung von Gesetzen und der Auslegung anderer sprachlicher Äußerungen oder Geisteswerke formal begrifflich genommen kein Unterschied obwaltet, unterscheidet sich die Gesetzesauslegung durch ihre Zwecke und Erfolge von allen anderen Auslegungen in weittragender Weise. Da die Rechtsgesetze, neben ihrer Eigenschaft als Gedankenausdrücke, vermöge des ihnen regelmäßig gezollten Gehorsams zu den Rechtsquellen gehören, so involviert jede Aus-

legung eines Gesetzes einen Versuch, an seiner Wirksamkeit als Rechtsquelle mitzuarbeiten. Dieser Versuch erreicht aber nur dann sein Ziel, wenn die Auslegung von den Rechtsgenossen und Behörden regelmäßig rezipiert wird. Nur jene Gesetzesauslegungen haben objektiven Wert, eine Bedeutung für das Rechtsleben, die in Ergänzung des Gesetzes das Denken und Verhalten der Rechtsgenossen regelmäßig zu bestimmen geeignet sind.

Gesetzt den Fall, ein gelehrter Forscher würde feststellen, daß eine bisher allgemein herrschende Auslegung einer gesetzlichen Vorschrift insoferne unrichtig sei, als sie von jenem Sinne, den die Urheber der gesetzlichen Vorschrift ihr beizulegen beabsichtigten, differiere. Keineswegs würde diese Feststellung ergeben, daß bisher ein gesetzloser Zustand geherrscht habe; auch bisher war positives Recht aus dem Gesetze erwachsen. Gleiches gilt, wenn ein historisch weniger, aber rechtspolitisch mehr ausgebildeter, Forscher zeigen würde, daß die bisherige Auslegung eines Gesetzes nicht die der sozialen Wohlfahrt förderlichste sei. Schließen sich die rücksichtlich der Gesetzesauslegung in Betracht kommenden Rechtsgenossen und Behörden der neuen Meinung nicht an, so bleibt die Wirksamkeit des Gesetzes als Rechtsquelle auch inhaltlich unverändert. Würde hingegen die neue Gesetzesauslegung allgemein und dauernd durchgreifen, so wäre, gleichviel ob sie vom historischen bzw. rechtspolitischen Standpunkte beurteilt, richtig wäre oder nicht, ein neues, von dem bisher geltenden inhaltlich abweichendes, Recht gegeben. Solche Änderungen des Rechtszustandes können, da das Gesetz an sich unverändert geblieben ist, nur in einem regelmäßigen, im einen Falle formalen, im andern Falle sachlichen, sozialen Rechtsgefühle, das dazu geführt hat, die angeregte Auslegungsart zur herrschenden zu machen, ihren Grund haben. (Abschn. VIII, Z. 4.)

Aus dieser Besonderheit der Gesetzesauslegungen ergibt sich, daß jene Art der Gesetzesauslegung, welche sich auf das präsumtive sachliche Rechtsgefühl und die dadurch bedingte Auffassung der Rechtsgenossen und Behörden stützt, dem Wesen des Rechtes homogener ist als jene, welche auf einer Erforschung der seinerzeitigen Absichten der gesetzgeberischen Organe beruht. Während die erstere Rechtssätze liefert, denen sowohl das formale als das sachliche Rechtsgefühl zur Regelwerdung verhilft, führt die letztere zu solchen Rechtssätzen, deren Geltung als Rechtsregeln bloß durch formales Rechtsgefühl zustande kommt.

Irgend ein Maß an Ungenauigkeit haftet allen Rechtsgesetzen vermöge ihrer abstrakten Fassung unvermeidlich an. Immer aber betrifft die Auslegungsbedürftigkeit nur deren Anwendung auf zweifelhafte Grenzfälle. In Ansehung der überwiegenden Masse von Interessenkonflikten sind die Gesetze auch ohne Zuhilfenahme von Auslegungen verständlich und anwendbar. Oft wird die vagere Fassung von den Gesetzesverfassern aus guten Gründen absichtlich gewählt. Sie beschränken sich darauf, die Tatbestände oder die an diese geknüpften Folgen oder beides in schematischen Umrissen zu kennzeichnen, indem sie die genauere Bestimmung der in das Schema fallenden Unterarten dem sachlichen Rechtsgefühle anheimgeben. Dies geschieht in der Erwägung, daß es ihnen untunlich erscheint, eine so weitgehende Differenzierung der einschlägigen Konflikte, wie sie vom materiellen Rechtsgefühle gefordert wird, in das Gesetz aufzunehmen.

Zu dieser Kategrorie von Rechtsgesetzen gehören vornehmlich jene, die für die Lösung von Interessenkonflikten, sei es in Ansehung des Tatbestandes, sei es in Ansehung der Rechtsfolgen, Wertbegriffe (Begriffe des Sittlichen, Religiösen, des Verkehrsbedürfnisses, der

Staatsinteressen u. dgl.) als maßgebend erklären. Diese Gesetzesarten als sogenanntes „auszuwählendes Recht" den anderen als „geformtes Recht" gegenüberzustellen (was *Stammler* verlangt) ist zunächst schon deshalb abzulehnen, weil dabei die theoretisch verfehlte Vermengung der Begriffe Recht und Gesetz unterläuft. Hievon abgesehen, bildet die auf Beachtung kultureller Werte gerichtete Tendenz keine Spezialität jener Gesetze, die ausdrücklich auf sie verweisen. Die gleiche Ergänzung muß jedes Gesetz erfahren, sofern es sich zur Bezeichnung seiner Voraussetzungen oder Verfügungen mehr oder weniger abstrakter, somit auslegungsbedürftiger, Ausdrücke bedient. Die Abstellung eines Gesetzes auf einen kulturellen Wertbegriff unterscheidet sich logisch nicht von der Abstellung auf andere Allgemeinbegriffe.

Wenn nun bei der von einem Gesetze in wohlerwogener Absicht ausgesprochenen Verweisung auf Wertvorstellungen deren konkretere Ausgestaltung durch das jeweilig herrschende positive Rechtsgefühl erfolgt und erfolgen muß, so erscheint dies grundsätzlich auch in jenen Fällen als geboten, wo die Gesetzgebung sich einer unbeabsichtigten Unklarheit schuldig gemacht hat. Auch hier wird die rechtsbildende Kraft der Gesetzesauslegung stärker sein, wenn sie auf ein dermaliges sachliches Rechtsgefühl der Rechtsgenossen gegründet ist, als wenn sie sich auf die Feststellung der Erwägungen beschränkt, welche die gesetzesgebenden Organe seinerzeit geleitet haben mögen, ohne zum Ausdruck gelangt zu sein. Bei vielen Gesetzen, zumal bei solchen, wo zahlreiche Personen zur Gesetzgebung mitgewirkt haben, oder wo es sich um eine zeitlich weit zurückliegende Gesetzgebung handelt, ist, wie schon oft bemerkt wurde, die Möglichkeit einer, auch nur einigermaßen sicheren Erforschung der seinerzeitigen gesetzgeberischen Intentionen überhaupt nicht gegeben oder doch nur eine geringe.

Unter allen Umständen aber erfordert sie historische oder literarische Studien und Kenntnisse, die den Rechtsgenossen und Behörden als solchen regelmäßig nicht zur Verfügung stehen. Diese theoretischen, für alle Rechtsordnungen gleichmäßig giltigen Gründe ergeben, daß Rechtsregeln zwar auch auf Grund literarhistorischer Gesetzesauslegungen zustande kommen können, daß jedoch dieses Ziel aller Gesetzesauslegungen durch deren zweite Art, durch die Heranziehung des jeweiligen positiven Rechtsgefühles, in einer dem Rechtszwecke, sowohl nach seiner formalen Seite, als gesellschaftliche Ordnung, wie nach seiner stofflichen Seite, als gesellschaftliche Förderung kultureller Interessen, entsprechenden Weise und Ausdehnung erreicht wird.[60])

Da alle gesetzlichen Rechtssätze eine Klasse von Interessenkonflikten umfassen, so kann auch die Gesetzesauslegung nichts anderes als die Klarstellung ihres generellen Gedankeninhaltes bezwecken. Hieraus folgt, daß die rechtliche Beurteilung eines Interessenkonfliktes auf Grund auslegungsbedürftiger Gesetze und auf Grund ihrer Auslegung, nicht minder als die rechtliche Beurteilung auf Grund eindeutiger Gesetze, unter allen Umständen in einer Subsumtion des Einzelfalles unter einen oder mehrere Rechtssätze, welche alle gleichartigen Interessenkonflikte generell zum Gegenstande haben, besteht. Von einer nur für einen einzelnen Interessenkonflikt giltigen, für andere gleichartige Interessenkonflikte nicht giltigen Gesetzesauslegung, von einem aus der Mehrdeutigkeit eines Gesetzes abzuleitenden sogenannten individuellen objektiven Rechte, kann nicht die Rede sein.

C. Rechtssprechung ohne gesetzliche Grundlage.

5. Daß Rechtsgesetze den Rechtsbedürfnissen niemals vollkommen Genüge zu leisten vermögen, ist eine Tatsache, die sich ebensowohl aus unmittelbarer Erfahrung als deduk-

tiv aus der Beschränktheit der menschlichen Einsicht und Voraussicht und aus den Unzulänglichkeiten der Sprache — Mängel, die auch den weisesten Gesetzgebungen anhaften, — erweisen läßt und als unbestritten gelten kann. In dem Meinungsstreite zwischen der Naturrechtslehre und der historischen Rechtslehre, der die neuere Rechtswissenschaft einleitete, waren beide Teile sich der unvermeidlichen Mangelhaftigkeit aller Gesetzgebung bewußt. Nur darin gingen sie auseinander, daß die erstere in der menschlichen Vernunft, die zweite in Rechtsgewohnheiten die suppletorische Rechtsquelle fand. Wobei zu beachten ist, daß die führenden Geister der historischen Schule die Rechtsgewohnheiten nicht als bloß äußerliches Tun und Lassen, sondern als Ausfluß von Volksanschauungen erklärten, denen sie eine geheimnisvolle geistige Substanz, „Volksgeist" oder „Volksseele" genannt, unterlegen zu müssen glaubten. Hätten zur Zeit, als *Savigny* und *Puchta* wirkten, die Erfahrungswissenschaften, insbesondere die naturwissenschaftliche Entwicklungslehre, ihre Schwingen bereits voll entfaltet, so wäre wohl schon bei ihnen der Gedanke aufgetaucht, daß es der Unterlegung einer von den Geistern der einzelnen Rechtsgenossen verschiedenen geistigen Substanz nicht bedarf, um positives Recht auf tiefer liegende Quellen, als es die Rechtsgesetze und Rechtsgewohnheiten sind, zurückzuführen.

Erst im 19. Jahrhundert sind die Wissenschaften dessen inne geworden, daß es ihnen weder nötig noch förderlich ist, Regelmäßigkeiten des Geschehenden oder Geschehensollenden als Manifestationen einer in der Erfahrung nicht gegebenen, schöpferisch oder imperativisch wirkenden Willenssubstanz aufzufassen. Vielleicht der einzige Wissenschaftszweig, welcher diese Scheinerklärung noch immer anwendet, ist jene Rechtslehre, die in den Rechtsordnungen Werke einer gesellschaftlichen Persönlichkeit erblicken will. Was sie dazu veranlaßt, ist vornehmlich die Erfahrungstatsache,

daß objektives Recht und seine Anwendung in der Rechtssprechung in weitem Umfange stattfinden, die nicht auf Rechtsgesetze als ihre Daseins- oder Wissensquelle zurückführbar sind. In immer weiteren Kreisen greift jedoch die Überzeugung durch, daß im Erfahrungsbereiche nur Menschen wollen können, und daß die Fiktion eines nicht menschlichen Willensträgers nichts zu erklären vermag, weil sie selbst unerklärlich ist. (Abschn. II, Z. 3.)

In der neueren Rechtsliteratur treten nun verschiedene Lehren auf, die, ohne die Fiktion eines persönlichen Gesamtwillensträgers zu adoptieren, jurisprudentielle Grundsätze und Methoden aufstellen, nach denen Interessenkonflikte zu lösen seien, wenn dafür keine gesetzlichen Bestimmungen gegeben sind oder wenn die Anwendung gegebener gesetzlicher Bestimmungen unbefriedigende Ergebnisse liefern würde. Sie können im großen und ganzen unter drei Haupttitel gebracht werden:

a) „Freie Rechtsfindung",
b) „Relatives Naturrecht" oder „Richtiges Recht",
c) „Richterrecht".

Alle diese Lehren verfolgen den hohen praktischen Zweck, die Rechtssprechung möglichst ersprießlich zu gestalten, lassen aber die theoretische Erwägung, ob und unter welchen Voraussetzungen die ihren Weisungen gemäß gefällten Rechtsentscheidungen positiv geltendes Recht wiedergeben, mehr weniger außer Betracht. Gerade diese Frage ist aber vom Standpunkte der allgemeinen Rechtslehre, wenn auch nicht die einzige, so doch die in erster Reihe stehende und wesentlichste. Sie läßt sich auch dahin fassen, ob denn nicht die Jurisprudenz dadurch, daß sie dem Richter empfiehlt, Entscheidungen zu treffen, welche einer materiellrechtlichen Begründung durch Rechtsgesetze oder Rechtsgewohnheiten ermangeln, den Richter auf ein

ihr, der Jurisprudenz, fremdes Gebiet verweist und so auf ihre eigene Wirksamkeit verzichtet. Dies wäre der Fall, wenn diese Art gerichtlicher Entscheidungen ihre rechtlichen Beurteilungen nicht aus dem Gedankeninhalt objektiver Rechtsregeln, sondern aus subjektiven Anschauungen des jeweiligen Richters ableiten würde. Denn Jurisprudenz oder Rechtsweisheit setzt eben ein ihr vorausgehendes Jus, das sie weiß und das von ihr gewiesen wird, voraus. Der Richter, welcher einen Interessenstreit keinem objektiv giltigen Rechte gemäß beurteilt, kann wohl Weisheit, er kann aber keine Rechtsweisheit betätigen. Alle Argumente, die dafür vorgebracht werden, daß eine Judikatur, die keine materiellrechtliche Regel zur Grundlage nimmt, gute, den ethischen oder sonstwie kulturellen Anforderungen Genüge leistende Resultate ergeben könne, sind für die allgemeine Wissenschaft vom positiven Rechte bedeutungslos, soferne diese Anforderungen nicht positivrechtlicher Natur sind. Vom Standpunkte der allgemeinen Rechtslehre ist daher vor allem zu prüfen, ob oder inwieweit die in Rede stehenden Vorschläge sich überhaupt noch in der Sphäre positiven, d. h. tatsächlich in einer Rechtsgesellschaft geltenden, Rechtes bewegen, ob und unter welchen Voraussetzungen die ihnen gemäßen Rechtsentscheidungen überhaupt noch Entscheidungen positivrechtlichen Inhaltes wären. Die allgemeine Rechtslehre muß auch hier, wie überall, die vage Fragestellung: „Soll so oder so verfahren werden?" ohne gleichzeitige Feststellung eines an positives Recht geknüpften Sollensgrundes als unzureichend ablehnen. Der Begriff des Sollens umfaßt neben dem rechtlichen Sollen eine Reihe anderer Unterarten, welche das Gewissen jedes Rechtsgenossen, auch des als Richter fungierenden, sei es in gleichem, sei es in minderem oder höherem Maße verpflichten, als positives Recht dies zu tun vermag. Ohne Bestimmung eines Grundes ist der Be-

griff des „Sollens“ nebelhaft und für die Rechtstheorie unbrauchbar.

Es soll nun dargelegt werden, daß die in Rede stehenden praktischen Lehren, in so verschiedenartiger Gestalt und unter so verschiedenen Namen immer sie vorgebracht werden, sämtlich, wenn auch ohne sich dessen deutlich bewußt zu sein, auf soziales Rechtsgefühl als Quelle von Rechtsregeln zurückweisen, und ohne solche Zurückführung jener Klarheit und Bestimmtheit entbehren, die notwendig ist, um einer außergesetzlichen Rechtssprechung einigermaßen sichere Wege zu weisen.

a) „Freie Rechtsfindung.“

6. Unter der Flagge dieses Titels segeln sehr verschiedenartige Ansichten. Jedes seiner drei Worte läßt in dieser Zusammenstellung mehrere Deutungen zu und bedarf eines Kommentars. Würde ein Rechtsgesetz sich eines so vieldeutigen Ausdrucks bedienen, so unterläge es gerade bei den Verfechtern „freier Rechtsfindung“ scharfer Kritik. Und doch erheischen wissenschaftliche Begriffe weit größere Präzision als rechtsgesetzliche.

Soll „Findung“ in dem gewöhnlichen Sinne der Entdeckung von irgend etwas bereits Vorhandenem, bloß derzeit Verborgenem, oder im Sinne einer geistigen Neuschaffung verstanden werden? Hat man sich als Objekt des Findens „Recht“ im objektiven Sinne oder im subjektiven Sinne vorzustellen? Schließlich: Wovon soll die Rechtsfindung frei sein? Freiheit ist etwas Negatives und Relatives, dessen Vorstellung ohne die korrespondierende Vorstellung eines Bandes, dessen der „Freie“ enthoben oder ledig ist, nicht möglich ist. Die Phrase: „Freie Rechtsfindung“ enthält an sich keinen derartigen affirmativen Beziehungspunkt. Ihre Verfechter sind denn

auch darüber, wovon sie die Rechtsfindung befreien wollen, keineswegs einig.

Es kommen dreierlei Auffassungen vor. Die einen verlangen bloß Befreiung der Gesetzesauslegung von den Fesseln rein grammatikalischer oder rein literarhistorischer Gesichtspunkte und Zulassung einer die jeweiligen Kulturbedürfnisse berücksichtigenden Auslegung und Anwendung der Gesetze. Diese Auffassung ist schon von den römischen Juristen und seither zu allen Zeiten von der aufgeklärten Jurisprudenz gefordert und betätigt worden und läßt sich, wie im Vorstehenden (Z. 4) gezeigt wurde, auch theoretisch von der allgemeinen Rechtslehre als die dem Wesen des Rechtes entsprechendste Auslegungsart nachweisen. „Freie Rechtsfindung" in diesem Sinne ist nur ein neues Schlagwort für eine alte Sache.

Etwas ganz anderes bedeutet dieses Schlagwort, wenn dabei Freiheit der Rechtssprechung von der Beschränkung auf Gesetzesanwendungen überhaupt gemeint ist. Diese Art von Freiheit wird wieder in zweifacher Weise verstanden: Einmal als Ausfüllung von Gesetzeslücken, sodann als Umgangnahme von der Anwendung eines geltenden Gesetzes, also Zulässigkeit gesetzwidriger Entscheidungen. Diese beiden Auffassungen des Mottos: „Freie Rechtsfindung" bedürfen vor allem einer Ergänzung und Klarstellung dahin, aus welcher Quelle der Richter, wenn er ohne gesetzliche Grundlage entscheiden soll oder will, seine rechtliche Beurteilung und folgemäßig seine dieser entspringende Urteilssentenz schöpfen kann oder soll.

Anscheinend, aber auch nur anscheinend, ist ein Doppeltes möglich: Entweder der Richter betrachtet den ihm vorliegenden Interessenkonflikt als Repräsentanten einer Gattung, eines Typus, sucht also außerhalb der Rechtsgesetze einen allgemeinen Satz, gemäß welchem alle gleich-

artigen Rechtsfälle zu beurteilen sind, zu finden und seiner Entscheidung zugrunde zu legen; oder er betrachtet und beurteilt den ihm vorliegenden Interessenkonflikt ausschließlich als einen individuellen nach ihm allein eigentümlichen Momenten, ohne sich zu fragen, oder darüber nachzudenken, ob er oder andere Richter gleichartige Fälle in derselben Weise beurteilen würden oder sollen.

Wird die „freie Rechtsfindung" im erstangeführten Sinne verstanden, so würde die Entscheidung, in gleicher Weise wie bei Zugrundelegung eines gesetzlichen Rechtssatzes, auf einer logischen Subsumtion des Einzelfalles unter einen Gattungstypus beruhen. Nur daß statt eines gesetzlichen Rechtssatzes ein vom Richter angenommener, jedoch nicht minder allgemeiner, Rechtssatz treten würde. In diesem Sinne verfügt das schweizerische Zivilgesetzbuch, der Richter habe beim Mangel gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Regelung nach jenen Grundsätzen zu entscheiden, die er als schweizerischer Gesetzgeber für angemessen finden würde. Hier wird also dem Richter aufgetragen, auf Grund seines Rechtsgefühles einen allgemeinen Rechtssatz aufzustellen, unter den alle dem vorliegenden gleichartigen Interessenkonflikte fallen, somit auch der vorliegende, zu subsumieren seien.[61]) Damit ist jedoch keineswegs gesagt, daß nunmehr jeder von einem beliebigen Richter aufgestellte Rechtssatz objektives Recht darstelle. Dies wäre, wie in Abschn. VIII, Z. 6 ausgeführt wurde, schon deshalb eine unmögliche Annahme, weil die in mehreren gleichartigen Rechtsfällen gebildeten richterlichen Rechtssätze einander widersprechen können, und sehr häufig widersprechen. Eine gesetzliche Anordnung der erwähnten Art beruht vielmehr nur auf der Präsumtion, daß unbestochenes Rechtsgefühl des Richters mit dem allgemeinen Rechtsgefühle gewöhnlich übereinstimmt. Nur insoferne, als diese Präsumtion zutrifft, ist ein von einem einzelnen Gerichte angenommener Rechts-

satz zugleich Inhalt einer Regel objektiven Rechtes. Als Quelle dieser Rechtsregel kann nicht eine einzelne Gerichtsentscheidung als solche, bzw. das ihr zugrunde liegende individuelle Rechtsgefühl, sondern nur das allgemeine soziale Rechtsgefühl, dessen Verkünder die Entscheidung ist, gelten.

Die Vertreter der sogenannten Freirechtstheorie verstehen diese jedoch zumeist im Sinne der zweiten obenangeführten Alternative. Zufolge dieser würde oder sollte die „frei gefundene" Gerichtsentscheidung des Charakters einer Subsumtion ermangeln. Ihre rechtliche Beurteilung bestünde bloß in der Feststellung einer dem jeweils vorliegenden einzelnen Interessenkonflikte angehörenden individuellen Eigenschaft. Es gäbe ein sogenanntes „individuelles", nicht aus Regeln bestehendes, also regelloses, nur für die jeweils am Interessenkonflikt beteiligten Parteien giltiges, gleichwohl aber objektives Recht. Bei dieser Annahme unterläuft eine arge Selbsttäuschung.

Das prozessuale Prinzip der freien Beweiswürdigung überläßt dem subjektiven richterlichen Ermessen die von jeder Bindung durch gesetzliche Beweisregeln freie Beurteilung, ob ein bestimmtes Naturereignis oder eine sonstige natürliche Tatsache vorliege oder nicht. Allein diese Feststellung erfolgt in jedem einzelnen Falle auf Grund allgemein menschlicher Verstandestätigkeiten, die im Ganzen und Großen allen zu solchen Beurteilungen berufenen Personen gleichmäßig innewohnen. Nur auf der Präsumtion, daß die richterlichen Personen bei der Beweisbeurteilung gemäß solchen in der menschlichen Natur begründeten Regeln verfahren werden, nicht aber auf der Annahme, daß Regellosigkeit der Regelhaftigkeit vorzuziehen sei, beruht der Gedanke, daß eine von der Bevormundung durch gesetzliche Beweisregeln freie Beweiswürdigung richtigere, den Verstandesregeln entsprechendere, Ergebnisse liefern werde, als eine im Einzelnen ge-

setzlich normierte Beweisfeststellung. Würde ein Richter eine Behauptung als erwiesen annehmen, die nach den die Beweisführung betreffenden Denkgesetzen nicht bewiesen erscheint, so vermöchte seine Entscheidung wohl trotzdem Rechtskraft erlangen, man könnte jedoch nicht sagen, der Richter habe durch seine falsche Annahme etwas Gleiches geleistet, wie jene logischen Gesetze, die nicht bewiesene Behauptung sei durch sein Urteil in eine bewiesene umgewandelt worden.

In ähnlicher Weise hat eine gesetzliche Bestimmung des Inhaltes, daß der Richter beim Mangel gesetzlicher oder gewohnheitsrechtlicher Bestimmungen den Rechtsfall nach seiner subjektiven Ansicht zu beurteilen habe, nur dann einen guten Sinn, wenn sie damit anordnet, der Richter möge einen seinem Rechtsgefühle gemäßen allgemeinen Rechtssatz als Inhalt einer für sein Urteil maßgebenden Rechtsregel annehmen, nicht aber den Sinn, er möge ein regelloses, bloß für den ihm zufällig gerade vorliegenden Interessenkonflikt anwendbares objektives Recht „frei“ schaffen. Wären denn rechtliche Beurteilungen, die sich keinem allgemeinen Satze unterordnen, in Wahrheit „freie“? Jeder Richter ist vermöge seiner Lebensgeschichte, seiner gesellschaftlichen Sphäre, seiner jeweiligen geistigen und leiblichen Verfassung den verschiedenartigsten äußeren Beeinflussungen ausgesetzt, denen er sich nur dann und dadurch entziehen kann, daß er irgend welche allgemeine Sätze zur Maxime seiner Tätigkeit erhebt und diese den von außen anstürmenden Anreizen siegreich entgegensetzt. Wenn die praktische Philosophie etwas mit Sicherheit ergeben hat, so ist es die Erkenntnis, daß Willkür nicht Freiheit bedeutet. Für die Rechtssprechung, wie für alle Willenstätigkeit gilt die Alternative: entweder Selbstunterwerfung unter Prinzipien oder Abhängigkeit von den tausendfältigen Reizungen der Außenwelt; im ersten Falle Ordnung, im

zweiten Falle Wirrsal. Wie politische Anarchie in einem Gegensatze zu Demokratie, so stünde eine anarchistische Rechtssprechung im Gegensatze zu objektivem Rechte.

Neben dem falschen Gebrauch des Freiheitsbegriffs, verkennt die Annahme eines dem einzelnen Interessenstreite individuell anhaftenden materiellen Rechtes den sozialen Charakter des Rechtes. Soziale Interessen sind ihrem Wesen nach von den Individualitäten der jeweils an einem Konflikte beteiligten Parteien unabhängig, können also nur mit generellen Privatinteressen zusammenfallen. Es enthält einen innern Widerspruch, anzunehmen, daß Gerichtsentscheidungen auf Grund von Erwägungen, die keine innerhalb der Gesellschaft generelle Bedeutung haben, gleichwohl soziale Interessen zur Geltung bringen.

In Wahrheit repräsentiert jeder einzelne Interessenkonflikt einen Typus. Die objektiven Momente des Streites, die Tatbestände sowohl als ihre Werte für das gesellschaftliche Leben, können, sie mögen noch so eigentümlich geartet sein, in einer unabsehbaren Reihe von Rechtsfällen wiederkehren. Das einzige, was den einzelnen Rechtsfall von allen gleichgearteten Rechtsfällen unterscheidet, sind die Individuen, welche an ihm beteiligt sind. Gerade auf diese Individualität aber kann eine unparteiische d. i. gerechte Rechtssprechung keine Rücksicht nehmen. Die Mission und Tätigkeit der Rechtssprechung als Mittel zur Verwirklichung einer sozialen Ordnung involviert die Tendenz, daß sie keinem Streitteile eine staatliche Unterstützung zubilligt, oder eine staatliche Hemmung entgegensetzt, die sie nicht unter gleichen Umständen allen anderen Rechtsgenossen gewähren, beziehungsweise auferlegen würde. Daher ist jede Beurteilung nach objektiven Gesichtspunkten mit logischer Notwendigkeit zugleich eine solche nach allgemeinen Gesichtspunkten. Die

Rechtssprechung in irgend einem Bereiche von einer allgemeingiltigen oder objektiven Richtschnur „befreien“, hieße das soziale Leben in diesem Bereiche von der Rechtsordnung befreien.[62])

Die für ein sogenanntes individuelles oder nicht regelhaftes Recht eintretenden Theorien übersehen dies nur deshalb, weil sie die rechtsgeschäftliche Wirksamkeit der Urteilssentenz mit der ihr zugrunde liegenden materiellrechtlichen Beurteilung vermengen. Hält man die Begriffe des Richterspruches und der rechtlichen Beurteilung, dann die Begriffe der formellen Rechtskraft und der materiellen Rechtmäßigkeit gerichtlicher Erkenntnisse, gehörig auseinander, so ergibt sich, daß „freie Rechtsfindung“ mit positiver Rechtsordnung nur dann vereinbar ist, wenn sie als Aufstellung eines allgemeinen Rechtssatzes, dem der gegebene Rechtsfall zu subsumieren sei, verstanden wird. Freie Rechtsfindung ist danach ein jurisprudentielles Schlagwort, hinter welchem die Rechtswissenschaft die Wahrheit festzustellen hat, daß positivrechtliche Beurteilungen, von wem immer sie vorgenommen werden mögen, also auch die den gerichtlichen Entscheidungen zugrunde liegenden, immer in Subsumtionen unter Rechtssätze, aber nicht immer in Subsumtionen unter gesetzliche Rechtssätze bestehen. Sie sind auch dann nach positivem Rechte richtig d. h. rechtmäßig, wenn sie auf einem aus materiellem sozialen Rechtsgefühle hervorgehenden Rechtssatze beruhen, was nichts anderes bedeutet, als daß neben Rechtsgesetzen auch materielle soziale Rechtsgefühle Quellen positiven Rechtes sind.[63])

b) „Relatives Naturrecht“ oder „Richtiges Recht“.

7. Der fundamentale Gegensatz zwischen dem sogenannten Naturrecht und dem positiven Recht wird nicht be-

seitigt durch die Versuche, unter dem Titel „Relatives Naturrecht“ oder „Richtiges Recht“ eine Art von Rechtssätzen nachzuweisen, die zwar, wie alles Naturrecht, den Inhalt von Forderungen der praktischen Vernunft bilden, sich aber vom „absoluten Naturrecht“ dadurch unterscheiden, daß sie auf die besonderen Lebensumstände und Lebensbedingungen der einzelnen Rechtsgesellschaft Rücksicht nehmen, somit nur unter deren Voraussetzung normativ gelten. Denn einerseits sind, wie im Abschn. VII gezeigt wurde, alle Normen, somit auch jene des „absoluten“ Naturrechtes, an erfahrungsmäßige Voraussetzungen geknüpft, andererseits wären die jeweiligen Voraussetzungen des „relativen Naturrechtes“ oder „richtigen Rechtes“ ebensowenig als jene des absoluten Naturrechts an eine bestimmte Zeit oder eine bestimmte Gesellschaft gebunden. Die Vernunftpostulate des relativen Naturrechtes sollen in jeder einzelnen Rechtsgesellschaft nicht vermöge deren, durch Zeit und Raum bestimmten, historischen Individualität, sondern vermöge einer besonderen Art von Lebensumständen, also überall, wo gleichartige Umstände bestehen, in gleicher Weise gelten. Es wird ihnen, nicht minder als den Forderungen des absoluten Naturrechtes, ein, wenn auch unter Beschränkung auf besondere Arten von Lebenserfordernissen, allgemeingiltiger Wert und normativer Sinn beigelegt. Das sogenannte „relative Naturrecht“ oder „richtige Recht“ ist daher vom positiven Rechte geradeso wesensverschieden wie das sogenannte absolute Naturrecht. Auch seine Lehre unterweist uns weder, wie die allgemeine Rechtslehre, über die allgemeinen Wesenheiten der Rechtserscheinungen, noch, wie die Jurisprudenz, über die Besonderheiten eines individuellen Rechtes, sondern setzt sich die rechtsphilosophische Aufgabe, Vernunftforderungen festzustellen, denen beim Bestande generell bestimmter Lebensumstände alle Quellen positiven Rechtes nachstreben sollen.

Solche Unterweisungen werden allerdings um so kräftiger und erfolgreicher wirken, je konkreter sie sind, je größere Rücksicht sie auf die jeweiligen besonderen sozialen Lebensbedingungen, Bedürfnisse und Interessen, nehmen. Sie sind in einem höheren Maße als die sogenannte „absolute Naturrechtslehre“ geeignet, das soziale Rechtsgefühl in ethisch richtige, d. h. den wahren sozialen Bedürfnissen möglichst Rechnung tragende Bahnen zu lenken. Nur dürfen ihre Rechtsideen nicht als eine dem positiven Recht gleichstehende Art von Recht proklamiert werden. Wenn von „richtigem Rechte“ gesprochen wird, so weist das Epitheton der Richtigkeit auf eine Beziehung des Hauptwortes „Recht“ zu einer außerhalb seines Begriffes liegenden Idee hin, was unwiderruflich anerkannt wird, sobald man auch unrichtiges Recht zuläßt, den Begriff Recht also in die zwei Unterarten richtigen und unrichtigen Rechtes einteilt. Die „Richtigkeit“ betrifft dann nicht den formalen Begriff des Rechtes, sondern seinen jeweiligen stofflichen Inhalt, und bedeutet, daß dieser in der Linie einer Vernunftforderung liegt, ohne daß ein von dieser Linie abweichender Inhalt den Rechtsbegriff aufheben oder auch nur alterieren würde.

Die Lehren von einem relativen Naturrecht oder von einem richtigen Recht nehmen dessen Anwendbarkeit nur für die Fälle in Anspruch, wenn für eine besondere Art von Interessenkonflikten eine gesetzliche Bestimmung mangelt, oder wenn ein Gesetz verschiedene Auslegungen zuläßt, oder wenn ein Gesetz die nähere Bestimmung der ihm einzureihenden Interessenkonflikte der Rechtssprechung anheimstellt. In allen diesen Fällen setzt die Anwendung des „richtigen Rechtes“ die Aufstellung allgemeiner Rechtssätze, denen der jeweils zu beurteilende Interessenkonflikt zu subsumieren wäre, voraus. Richtiges Recht oder relatives Naturrecht will kein sogenanntes „individuelles Recht“ sein. Es stellt für be-

stimmte Arten und Fälle rechtlicher Beurteilungen, mögen diese anläßlich einer gerichtlichen Entscheidung oder aus einem anderen Anlasse seitens der Jurisprudenten zu Lehrzwecken oder von einzelnen Personen zu ihren Zwecken vorgenommen werden, generelle Rechtssätze auf. Wie aber kann der jeweilige Beurteiler zu deren Erkenntnis gelangen? Sie ist viel schwerer zu gewinnen als jene des absoluten Naturrechtes. Denn dieses enthält grundsätzliche Forderungen der menschlichen Vernunft, die, wie alles ethische Sollen jedem normal ausgebildeten menschlichen Gewissen — wenn auch nicht in klarer Einsicht — zugänglich sind. Je größere Rücksicht Vernunftforderungen auf konkrete soziale Lebensbedingungen und konkrete soziale Interessen nehmen, um so schwieriger ist ihre Erfassung. Man kann nicht jedem einzelnen Richter, vollends nicht jedem einzelnen Rechtsgenossen, die Fähigkeit zuerkennen, die vielfachen, komplizierten und tiefliegenden Momente zu erforschen, welche eine den jeweiligen sozialen Kulturinteressen entsprechende Beurteilung einer jeden Art von Rechtsfällen bedingen. Hier kann nichts anderes maßgebend sein, als ein aus seinem seelischen Wesen, seinem Denken und Empfinden resultierendes, wünschendes Gefühl für dasjenige, was rechtens sein sollte, das ist sein persönliches Rechtsgefühl. Eine von diesem ausgehende rechtliche Beurteilung aber hat (wie vorstehend unter Z. 7 und Abschn. VIII, Z. 1 dargelegt wurde) die Bedeutung positiver Rechtmäßigkeit nur unter der Annahme, daß sie in allen gleichartigen Fällen regelmäßig, ebensowohl vom jeweiligen Beurteiler selbst als von anderen Beurteilern, in gleicher Weise stattfinden werde. Die Lehren vom richtigen Rechte mögen die Bildung sozialer Rechtsgefühle in segensreicher Weise beeinflussen, eine Quelle positiven Rechtes jedoch bilden nicht sie, sondern erst etwaige von ihnen herbeigeführte positive und soziale Rechtsgefühle. Würden sie dieses Effektes ermangeln, so könnte

eine ihnen folgende einzelne rechtliche Beurteilung allenfalls als eine richtige in ethischem, nicht aber als eine richtige in positivrechtlichem Sinne bezeichnet werden.

c) Richterrecht.

9. Zu einem gleichen Ergebnisse führt die Annahme, eines neben dem Gesetzesrechte einhergehenden, dessen Lücken ausfüllenden und dessen Fehler korrigierenden „Richterrechtes", wenn sie zu Ende gedacht wird.[64]) Solange von „Richterrecht" nur zu jurisprudenziellen, auf Verbesserung der Rechtspflege gerichteten, Zwecken gesprochen wird, mag man sich mit der Fiktion abfinden, daß die Richter eine „Staatspersönlichkeit" vertreten, deren imperativisches Wollen teils generell in Gesetzen, teils individuell in den Richtersprüchen zutage trete, daß also auch diese ein — wenngleich nicht gesetzlich formuliertes — Wollen einer „Staatspersönlichkeit" darstellen.

Man beruft sich hiebei gerne auf die englische Jurisprudenz, welche die Vorstellung von einer rechtbildenden Kraft der Gerichtsentscheidungen als Präzedenzfälle bekanntlich in weiterem Umfange als irgendeine andere Jurisprudenz zuläßt; auch wohl auf die Edikte des römischen Prätors. Die letztere Analogie trifft nicht zu, weil die prätorischen Edikte keine Einzelfälle, sondern, wenn auch nur für eine beschränkte Zeitdauer, generell alle in diese fallenden Rechtsfälle bestimmter Arten betrafen, somit Gesetzeskraft hatten. In England aber beruht die objektivrechtliche Bedeutung der Richtersprüche als Präzedenzfälle keineswegs auf der Fiktion, daß sich in ihnen ein Staatswille offenbare, sondern auf der durch die Auserlesenheit des Richterpersonales wohlbegründeten Präsumtion, daß dessen Entscheidungen, aus sorgfältigen sachlichen Erwägungen hervorgehend, mit dem allgemeinen Rechtsgefühle übereinstimmen.

Nur aus diesem Gesichtspunkte der Zurückführung auf das soziale Rechtsgefühl kann die allgemeine Rechtslehre dem einzelnen Richterspruche eine Beteiligung an der Bildung objektiven Rechtes beimessen. Bei einer von dieser Voraussetzung absehenden Erklärung der einzelnen gerichtlichen Entscheidungen als Quellen objektiven Rechtes unterläuft abermals (wie bei der Annahme eines sogenannten objektiven Individualrechtes) die falsche Vermengung der Urteilssentenz mit der ihr zugrunde liegenden rechtlichen Beurteilung. Die supponierte Repräsentanz eines Staatswillens durch die jeweils als Richter fungierenden Personen könnte sich doch nur auf den Befehl: der Verurteilte solle dies oder jenes leisten, nicht auf die Erwägungen, welche zu diesem Befehle führten, beziehen. Die Annahme, daß alle von den Gerichten vorgenommenen rechtlichen Beurteilungen, auch wenn sie untereinander in Widersprüchen stehen, Gedanken einer und derselben „Staatspersönlichkeit“ seien, wäre widersinnig. Sie würde die Fiktion, daß der Staat ein Willenssubjekt sei, dahin erweitern, daß der Staat auch fühle und denke, und dabei über die den Widerspruch ausschließenden Denkgesetze erhaben sei. Der Widersinn tritt auf das drastischeste hervor bei der Annahme, daß „Richterrecht“ gesetzliche Bestimmungen zu derogieren vermögen. Irgend welchen von einem einzelnen Richter konstruierten Rechtssätzen, auch dann, wenn sie sich weder auf die bestehenden Rechtsgesetze noch auf ein allgemeines Rechtsgefühl stützen können, die Bedeutung einer objektives Recht schaffenden Quelle beizulegen, kann niemandem ernstlich beifallen.

In den literarischen Erörterungen über das „Richterrecht“ wird denn auch durchwegs auf die Übereinstimmung der Entscheidungen mit herrschenden Anschauungen Bezug genommen, ohne daß freilich in dieser Übereinstimmung das allein maßgebende Moment, welches erst

eine einzelne Entscheidung zum Ausdrucke objektiven Rechtes gestaltet, klar erkannt wird. Insbesondere scheint die von *Danz* hierfür gebrauchte Formel: „Mehrzahl der Verständigen“ nicht glücklich gewählt zu sein. „Mehrzahl“ setzt eine Zählung voraus, die hier unmöglich ist; und „Verständigkeit“ setzt eine autoritative Beurteilung dessen voraus, wer denn gerade bezüglich der zur Erwägung stehenden Rechtsfrage „verständig“ sei. Eine solche Beurteilung wäre um so schwieriger, als jemand in einer Rechtsfrage „verständig“, in anderen Rechtsfragen „nicht verständig“ sein kann. Bei den Kritiken von Gerichtsentscheidungen, mit denen die Schädlichkeit einer ausschließlich an den Gesetzeswortlaut haftenden Judikatur illustriert zu werden pflegt, wird denn auch niemals eine Zustimmung seitens einer „Mehrzahl von Verständigen“ nachgewiesen. Auch will eine solche Kritik die Autoren der getadelten Entscheidung sicherlich nicht schlechthin und in jeder Hinsicht als „unverständig“ brandmarken. Derartige Kritiken stützen sich vielmehr entweder auf eine regelmäßig im Kreise der Jurisprudenz herrschende Rechtsauffassung oder appellieren an Meinungen und Gefühle, die von jedem unvoreingenommenen Leser geteilt werden. Beides bedeutet im Wesentlichen nichts anderes, als die Berufung auf ein regelmäßig herrschendes Rechtsgefühl, welches in allen, dem vorliegenden gleichgearteten Interessenkonflikten eine andere als die dem Gesetzeswortlaute gemäße Lösung heische. Hierdurch wird an den Tag gelegt, daß die mangels einer gesetzlichen Grundlage oder im Gegensatze zu gesetzlichen Bestimmungen wirksame, als „Richterrecht“ bezeichnete Rechtsquelle in Wahrheit nicht der in einer Urteilssentenz liegende richterliche Befehl, sondern nur der diesem Befehle zugrunde gelegte Rechtssatz, und auch dieser nur insoferne, als er zugleich den Inhalt eines sozialen Rechtsgefühles bildet, sein kann.

D. Ergebnis.

10. Wir gelangten zum Resultate, daß die Rechtssprechung nur insoferne eine Quelle objektiven Rechtes ist, als ihre rechtlichen Beurteilungen der Ausfluß und Ausdruck eines sozialen Rechtsgefühles sind. Unter dieser Voraussetzung führen sie, wie alles soziale Rechtsgefühl, zu Rechtsgewohnheiten, und das von ihnen hervorgebrachte Recht wird sodann zum Gewohnheitsrecht. (Abschn. VIII, Z. 3.) Zugleich haben vorstehende Erörterungen ergeben, daß alle Bestrebungen, welche darauf gerichtet sind, die Judikatur von der ausschließlichen Bindung an die Rechtsgesetze zu befreien, erst dann die gebotene Bestimmtheit und Sicherheit zu finden vermögen, wenn sie nicht von bloß praktischen Erwägungen geleitet werden, sondern allgemein giltige wissenschaftliche Begriffe von positivem Rechte und von dessen Quellen zur Grundlage und Begrenzung nehmen. Nur eine diese Begriffe klar bestimmende allgemeine Wissenschaft vom positiven Rechte vermag die Voraussetzungen festzustellen, unter denen rechtliche Beurteilungen, die sich auf keine gesetzliche Vorschrift stützen, noch des Attributes positivrechtlicher Richtigkeit oder Rechtmäßigkeit teilhaftig sind. Die Vernachlässigung oder gar Mißachtung dieser für alle möglichen Rechtsordnungen in gleicher Weise giltigen Voraussetzungen birgt die Gefahr in sich, daß die Rechtssprechung in Willkür und Unordnung gerät, indem sie nicht auf Grund objektiver Prinzipien, sondern auf Grund subjektiver, individuell schwankender Meinungen und Stimmungen urteilt.

Insoweit als eine Jurisprudenz die rechtlichen Beurteilungen individuellen richterlichen Meinungen anheimgibt, gräbt sie sich selbst ein Grab. Sie spricht damit aus, daß sie in Ansehung der keinem schlechthin eindeutigen Gesetze subsumierbaren Rechtsfälle impotent und

inkompetent sei. Ihr Beruf ginge dann in der Explikation und logischen Verarbeitung der Gesetzesinhalte auf. Eine Jurisprudenz hingegen, welche das soziale Rechtsgefühl als Quelle erkennt, aus der positivrechtlich richtige Entscheidungen in jenen Fällen, rücksichtlich deren die Gesetzesinhalte unklar, lückenhaft oder unannehmbar sind, geschöpft werden können, findet gerade in der Erforschung und Verwertung dieser Rechtsquelle ihren höchsten und schwierigsten Beruf. In dieser Sphäre sind ihre Jünger nicht auf logische Deduktionen und logische Konstruktionen angewiesen und beschränkt. Sie haben die ihre Volksgenossen regelmäßig erfüllenden Rechtsgefühle zu erforschen und, als deren Protagonisten, in Rechtssätze gefaßt zu verkünden. Indem sie sich dieser Aufgabe auf dem Gebiete des öffentlichen Rechtes widmen, dienen sie zugleich der Volkssouveränität, deren tiefster Sinn darin liegt, daß den sozialen Rechtsgefühlen, den materiellen ebenso wie den formalen, ihre naturgemäße, von antisozialen hemmenden Gewalten freie, Wirksamkeit als Rechtsquellen gewahrt wird. Die Jurisprudenz ist zu dieser Funktion durch dasjenige, was der römische Jurist, etwas hochtrabend, „divinarum ac humanarum rerum notitia“ genannt hat, und was schlichter, aber wohl zutreffender, Einsicht in das rechtsgesellschaftliche Leben und seine Tendenzen genannt werden kann, qualifiziert.

Das Rechtsleben zerfällt in zwei Komponenten: das Recht als seine Form und die soziale Wirtschaft als seinen Stoff, deren notwendigen Zusammenhang und wechselseitige Bedingtheit die allgemeine Rechtslehre einzusehen und die Jurisprudenz bei allen ihren praktischen Einzelfragen zu berücksichtigen hat.

X. Abschnitt.

Das rechtsgesellschaftliche Leben: Recht und soziale Wirtschaft.

1. Das rechtsgesellschaftliche Leben ist ein einheitliches Vorstellungsobjekt und besteht, wie *Stammler*[65]) gezeigt hat, aus der Gesamtheit der Rechtsregeln, als seiner Form, und aus der Gesamtheit der wirtschaftlichen Tätigkeiten der Gesellschaftsmitglieder. als seinem Stoffe. Der Begriff „Wirtschaft" ist dabei in einem über das Streben nach Beschaffung der Bedingungen für die Befriedigung leiblicher Bedürfnisse hinausreichenden Sinne zu verstehen. Es sind darin alle Tätigkeiten, mittelst deren die äußeren Bedingungen für leibliche und geistige Wohlfahrt beschafft werden, begriffen. Soziale Wirtschaft bedeutet die zusammenwirkenden, auf die Realisierung gemeinschaftlicher Kulturzwecke gerichteten Tätigkeiten der Gesellschaftsmitglieder; wie die einzelnen Menschen, so lebt auch die Gesellschaft nicht vom Brote allein.

Die Normen- und Imperativentheorien können das Verhältnis, in welchem die soziale Wirtschaft zu dem für sie giltigen Rechte steht, nur als ein äußerliches erklären. Wäre die soziale Wirtschaft der Welt des Seienden und Geschehenden, das Recht aber der Welt des Sein- und Geschehensollenden zuzurechnen, so wären einerseits die Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse davon, wie die Wirtschaft und die durch sie begründeten Lebensverhältnisse geartet sind, andererseits letztere davon, wie die rechtlichen Forderungen geartet sind, nicht bedingt. Eine Verbindung von Recht und Wirtschaft zum einheitlichen Vorstellungsobjekte des rechtsgesellschaftlichen Lebens erscheint bei dieser Rechtsauffassung nicht möglich.

Deshalb leidet unseres Erachtens die *Stammler*sche Erklärung dieser Verbindung insoferne an einem innern Widerspruche, als sie, an der Auffassung des Rechtes als Normenkomplex festhaltend, eine „äußere Regelung“ des gesellschaftlichen Lebens durch ein diesem „übergeordnetes Wollen“ als Form des Rechtslebens annimmt. Der Widerspruch tritt gerade bei der (im VI. Abschnitte, Z. 1 besprochenen) Darstellung *Stammlers* vom Gegensatze zwischen Form und Stoff zutage. Dieser zufolge wären als Form eines Begriffes jene seiner Merkmale, welche bereits in einem Oberbegriffe enthalten sind, und unter seinem Stoffe, die ihn gegenüber dem Oberbegriffe determinierenden Merkmale zu verstehen. Im Sinne einer bloß logischen Über- und Unterordnung kann aber das Verhältnis zwischen Recht und Wirtschaft sicherlich nicht vorgestellt werden. Wer das Recht als Form des gesellschaftlichen Lebens erklären will, muß es als etwas diesem immanentes auffassen. Nur wenn nicht bloß die sozialwirtschaftliche Tätigkeit, sondern auch die Rechtsregeln als soziale Tatsachen erkannt werden, ist ein notwendiger Zusammenhang zwischen jenen nebst den aus ihnen resultierenden Lebensverhältnissen als Stoff, und diesen, nebst den aus ihnen resultierenden Rechtsverhältnissen als bedingende Form, des rechtsgesellschaftlichen Lebens erkennbar. Dieses beinhaltet sodann die in sozialen Unterstützungen und Hemmungen bestehenden und die auf Befriedigung sozialer, geistiger und leiblicher, Bedürfnisse gerichteten, d. i. kulturellen, Willensrichtungen der Rechtsgenossen als Komponenten, aus denen es sich als einheitliches Erkenntnisobjekt ergibt.

Aus den rechtlich geregelten wirtschaftlichen Bestrebungen resultieren Verhältnisse, die, von ihrer rechtlichen Regelung abgesehen, Lebensverhältnisse, unter Berücksichtigung ihrer rechtlichen Regelung Rechtsver-

hältnisse heißen, aber im Rechtsleben identische Erfahrungsobjekte sind. Recht kann nicht ohne soziale Wirtschaft, diese nicht ohne Recht bestehen. Als abstrakte Begriffe im Denken getrennt vorstellbar, sind sie der Wirklichkeit gegenüber nur zweierlei Betrachtungsweisen ein und derselben Erscheinungen des rechtsgesellschaftlichen Lebens. So sind Ehe, Besitz, ausschließlicher Genuß von Sachgütern oder von persönlichen Leistungen, Erbfolge usw. ohne Heranziehung der sie betreffenden Rechtsregeln als bloße Lebensverhältnisse abstrakt vorstellbar. Als soziale Erscheinungen aber sind sie nur unter der ihnen kraft positiven Rechtes verliehenen Form, als soziale Machtverhältnisse oder Rechtsverhältnisse, gegeben.

2. Jede einzelne soziale Wirtschaft ist daher von dem positiven Rechte ihres Geltungsgebietes bedingt und bestimmt. Alle ihre Erscheinungen, z. B. der Personen- und Güterverkehr, die Assoziationen, die durch Angebot und Nachfrage, Arbeitslöhne und Selbstkosten bedingten Preisgestaltungen, Grundrente, Kapitalszinsen usw. bewegen sich nach den Regeln einer speziellen Rechtsordnung und können nur unter Zugrundelegung der in diesen Regeln enthaltenen Begriffe und Rechtssätze eine wissenschaftlich geordnete Darstellung erfahren. Versuche, eine soziale Wirtschaft ohne Voraussetzung ihrer rechtlichen Regelung darzustellen, würden bloß verworrene und unsichere stoffliche Daten, aber kein vollständiges Erkenntnisbild von ihr liefern; und eine formalistische Lehre von dem in einem einzelnen Gebiete geltenden Rechte, welche dessen Regeln und Verhältnisse ohne Einbeziehung ihrer wirtschaftlichen Zweckstoffe behandelte, würde nur schematische Umrisse, aber keine erschöpfende Darstellung ihres Gegenstandes enthalten, somit auch keinen sicheren Wegweiser zu rechtmäßigen Verhaltungsweisen abgeben.

Sowie die Darstellung der in einem einzelnen Gebiete bestehenden sozialen Wirtschaft zu dessen Juris-

prudenz, verhält sich die allgemeine Volkswirtschaftslehre zur allgemeinen Rechtslehre. Die Volkswirtschaftslehre stellt allgemeine Sätze auf, gemäß denen die sozialen Wirtschaften aller Orte und aller Zeiten stattfinden. Wenn nun soziale Wirtschaften ohne die Form rechtlicher Regelungen nicht bestehen können, so sind auch allgemeine volkswirtschaftliche Theorien von allgemeinen Rechtsbegriffen, von einer allgemeinen, überall giltigen Rechtslehre, bedingt. Weder Rechtsphilosophie noch eine oder die andere Jurisprudenz vermag der Volkswirtschaftslehre jene Rechtsbegriffe an die Hand zu geben, deren sie, um die sozialen Wirtschaften generell zu behandeln und zu begreifen, bedarf. Die Rechtsphilosophie nicht, weil alle Volkswirtschaft Erfahrungsobjekt ist, die Jurisprudenz nicht, weil die Volkswirtschaftslehre nicht diese oder jene einzelne, sondern das Genus: „Soziale Wirtschaft" zum Gegenstande hat. Ohne den allgemeinen Rechtsbegriff: „Staat" gibt es keine allgemeine Wissenschaft von den staatlichen Zwecken, ohne die allgemeinen Rechtsbegriffe: „Eigentum, Pfand, Zoll, Preis, Rente usw. gibt es keine Wissenschaft von den einschlägigen wirtschaftlichen sozialen Erscheinungen. Bedürfte es daher überhaupt eines apagogischen Beweises für die Notwendigkeit einer allgemeinen Erfahrungswissenschaft vom Rechte, so läge ein solcher schon in der Tatsache, daß es eine allgemeine Erfahrungswissenschaft von den sozialen Wirtschaften gibt und daß diese nur insoweit, als sie unter Rechtsregeln stehen, als Erfahrungsobjekte möglich sind.

3. Das zwischen Recht als Form und Wirtschaft (in dem oberwähnten weitern Sinne) als Stoff des einheitlichen Rechtslebens obwaltende Verhältnis wechselseitiger Bedingtheit ist auch für den Betrieb der Jurisprudenz von großer Bedeutung. Neu auftauchende wirt-

schaftliche Bedürfnisse führen neue materielle Rechtsgefühle mit sich; zugleich aber stehen die auf die Einhaltung geltender Rechtsregeln gerichteten formalen Rechtsgefühle Reformen in der sozialen Wirtschaft hemmend entgegen. Gegenüber dem Kampfe zwischen den konservativen und den reformatorischen Tendenzen in der sozialen Wirtschaft und im sozialen Rechte findet die Jurisprudenz das wichtigste und bedeutungsvollste Wirkungsgebiet. Sie wurde bereits an früherer Stelle (Abschn. IX, Z. 10) als Verkünder und Vertreter des sozialen Rechtsgefühles charakterisiert. Die wirtschaftlichen Erfordernisse bieten ihr hiebei die Grundlage. Wenn oder solange als die Gesetzgebung ihnen nicht Rechnung trägt, ist es Aufgabe der Jurisprudenz, zu prüfen, ob sie allgemein und intensiv genug sind, um die Wirtschaft und mit ihr das Recht in neue Bahnen zu lenken, das am Alten haftende formale Rechtsgefühl zu überwinden. Wird die Frage bejaht, so bereitet die Jurisprudenz im Wege neuer Gesetzesauslegungen oder — soferne diese nicht ausreichen — im Wege von Rechtsgewohnheiten einer neuen Rechtsregel Eingang. Der Sinn dessen, was man „soziale Jurisprudenz“ zu nennen pflegt, ist die Verwertung der jeweils in einer Rechtsgesellschaft herrschenden wirtschaftlichen oder kulturellen Tendenzen zur Auslegung der Gesetze oder zur Anbahnung neuen Rechtes.

XI. Abschnitt.

Ausblick auf das Ideal und die Idee des positiven Rechtes.

1. Da diese Abhandlung bloß die Voraussetzungen einer allgemeinen Erfahrungswissenschaft vom Rechte zum Gegenstande hat, so liegt eine Betrachtung des Rechtsideales und der Rechtsidee außerhalb ihres Rahmens.

Es erscheint jedoch, eben dieser Abgrenzung wegen, erforderlich, die der soziologischen Rechtsauffassung entsprechenden Vorstellungen vom Rechtsideale und von der Rechtsidee und deren Verhältnis zum soziologischen Rechtsbegriff in Kürze zu kennzeichnen.

Jedes Ideal und jede Idee eines Gegenstandes setzt eine erfahrungsmäßige Vorstellung, einen Begriff, von diesem voraus. Denn bevor eine Vorstellung davon, was ein Gegenstand vernunftgemäß werden und leisten soll, bevor eine Vorstellung von seiner vollkommenen Gestaltung und von seinem Entwicklungsziele gebildet wird, muß er selbst gegeben sein und begriffen werden. Wer über das Ideal und die Idee des Rechtes nachdenken und sprechen will, muß vorerst klar wissen und sagen, welchen Gegenstand er idealistisch zu erfassen suche. Das Rechtsideal wird von jemandem, der unter Recht ein den Rechtsgenossen normativ oder imperativisch übergeordnetes Wollen versteht, notwendigerweise anders zu fassen sein, als von demjenigen, der es als Inbegriff von Regeln des Wollens und Verhaltens der Rechtsgenossen selbst versteht.

Ideal des positiven Rechtes ist die Vorstellung seiner vollkommensten, das ist jener Gestaltung, in welcher es den Vernunftanforderungen vollständig Genüge leistet. Rechtsidee bedeutet die Vernunftforderung, das positive Recht dem Ideale gemäß zu gestalten. Die Vorstellung des Rechtsideales fügt der Vorstellung des positiven Rechtes keine neuen Eigenschaften hinzu, sie zeigt uns bloß die ihm als Erfahrungsobjekt anhaftenden Eigenschaften im Stadium ihrer vollkommensten Entwicklung. Daher muß die Scheidung in zwei Kategorien, welche die Ordnung des menschlichen Denkens im Erfahrungsobjekte „Recht", wie in allen anderen Erkenntnisobjekten, vollzieht, die Einteilung in jene Eigenschaften, welche die Begriffsmerkmale bilden, als Form, und in jene Eigenschaften, welche zu diesen in er-

fahrungsmäßiger Synthese hinzutreten, als Stoff, innerhalb des Rechtsideales und innerhalb der Rechtsidee wiederkehren. So untrennbar Form und Stoff des Rechtes in der Erfahrung miteinander verbunden sind, so kann doch jede der beiden Eigenschaftsarten für sich in idealer Vollkommenheit und in selbständiger Entwicklung zu dieser, somit auch als Inhalt idealer Forderungen, vorgestellt werden. Erst die Vollkommenheit sowohl nach der formalen als nach der stofflichen Seite zusammengenommen ergibt das Ideal und die Idee des einheitlich vorgestellten Vorstellungsobjektes „Recht".

2. In Bezug auf seinen formalen Begriff ist das Recht — ganz abgesehen von seinem stofflichen Inhalte — einem stetigen Fortschritte zu einer vollkommenen Gestaltung, zu einem Ideale, in der Weise zugänglich, daß seine empirische Regelmäßigkeit sich einer absoluten Gesetzlichkeit oder Ausnahmelosigkeit nähert. Von diesem Ideale strahlt die Rechtsidee als Forderung nach Gerechtigkeit aus, die Vernunftforderung, daß schlechthin alle unter eine und dieselbe Gattung fallenden Interessenkonflikte im Rechte eine und dieselbe Lösungsart finden: Gleiches Recht für alle ohne persönliche Begünstigung oder Benachteiligung.

Jeder Interessenkonflikt kann entweder parteiisch, nach Erwägungen, welche auf persönliche Begünstigungen bzw. Zurücksetzungen der einen oder der anderen Streitpartei involvieren, oder unparteiisch nach objektiven, ausschließlich sachliche Momente berücksichtigenden, Erwägungen beurteilt und gelöst werden. Gerechtigkeit ist nichts anderes als Unparteilichkeit bei Gewährung sozialer Befugnisse und bei Auferlegung sozialer Verbindlichkeiten. Eine Rechtsentscheidung ist dann gerecht, wenn sie einer Rechtsregel gemäß erfolgt; denn jede Rechtsregel involviert eine Annäherung an das Gerechtigkeitsideal.

Vollkommen gerecht aber wäre sie erst dann, wenn sie für alle in eine bestimmte Art von Interessenkonflikten geratenen Personen ohne jede Ausnahme gälte, so daß die unter sie fallenden sozialen Unterstützungen und Hemmungen bei jedem einzelnen zwischen den Rechtsgenossen A^1 und A^2 bestehenden Interessenkonflikte in ganz derselben Weise, wie bei der unbestimmten Reihe aller anderen sachlich gleichartigen Streitigkeiten zwischen A^1 und A^{1-n} stattfänden. In Bezug auf den formalen Rechtsbegriff fordert somit die Rechtsidee den vollkommensten Grad, welchen das Recht als tatsächlich geltende Ordnung des rechtlich sozialen Zusammenlebens von Menschen in der Richtung erreichen soll, daß alle seine Regeln eine, den Naturgesetzen gleichkommende, schlechthin durchgängige Wirksamkeit haben, ausnahmelose Gesetzlichkeit der soziale Machtverhältnisse begründenden sozialen Verhaltungsweisen. Daß ein solches Ideal positiven Rechtes jemals in die Erscheinung trete, ist ebenso ausgeschlossen, wie die Verwirklichung jedes anderen Ideales. Wohl aber ist es im menschlichen Bewußtsein als etwas zu Erstrebendes, als ideale Wertvorstellung und als ideale Forderung enthalten. Ebenso wie der formale Rechtsbegriff einzig ist, bildet auch die formale Idee der Gerechtigkeit eine einzige, an alle möglichen Rechtsordnungen, bzw. deren Schöpfer, in gleicher Weise ergehende Forderung des ethischen Bewußtseins.

Zum formalen Begriff des Rechtes als Komplex von Regeln sozialer Unterstützungen und Hemmungen tritt als deren Stoff in der Erfahrung die Wirtschaft im Sinne des Strebens nach sozialer Kultur hinzu, dessen Ausdruck die in den Rechtsregeln enthaltenen Rechtssätze sind (Abschn. X). Auch die Rechtssätze unterliegen Vernunftanforderungen. Mit ihnen befassen sich die Naturrechtslehren, insoferne sie ideale Rechtssätze aufstellen, als Quellen, aus welchen die Rechtsregeln ihre Stoffe schöpfen sollen, und als

Vergleichungsmaßstäbe, gemäß welchen die in den Rechtsregeln enthaltenen Rechtssätze ethisch zu bewerten seien.

Als „Naturrecht" mögen z. B. Forderungen der Menschenliebe, der Achtung vor der persönlichen Freiheit, Fürsorge für Kranke und Mittellose, Ausgestaltungen des Privateigentums oder eines kollektiven Eigentums usw. aufgestellt werden. Was sie heischen, ist nicht Vollkommenheit der Rechtsregeln, sondern Vollkommenheit der in die Rechtsregeln als Stoffe aufzunehmenden Rechtssätze. Sie fordern, daß die dem stofflichen Inhalte der Rechtsregeln zugrunde liegenden Bewertungen sozialer Kulturinteressen mit deren objektiven Werten vollkommen übereinstimmen, daß die rechtlichen Zweckstoffe in diesem Sinne richtig gewählt seien. Im Gegensatze zur formalen Forderung der Gerechtigkeit können sie als Forderungen nach sachlicher Angemessenheit oder Billigkeit bezeichnet werden. Während die Gerechtigkeit als einheitliche Idee überall und immer ein und dieselbe ist, indem sie die schlechthin unparteiisch gleichmäßige Lösung gleichartiger Interessenkonflikte verlangt, sind die Forderungen der Billigkeit ebenso mannigfaltig als die Rechtssätze, welche den Rechtsregeln als deren Gedankenstoffe innewohnen, und als die ethischen Anforderungen, welche diese Gedankenstoffe betreffen. „Billigkeit" ist somit eine Kollektivvorstellung, die eine unbegrenzte Menge ethischer Qualifikationen der Rechtssätze umfaßt. Sie bedeutet dasselbe, was die *Stammler*sche Rechtstheorie „Richtigkeit" des Rechtes nennt. Durch beide Ausdrücke werden bloß die in den Rechtsregeln enthaltenen Rechtssätze, nicht auch die Geltung der Rechtsregeln als formale Ordnung des gesellschaftlichen Lebens getroffen.

3. Die Zerlegung der Vorstellungen „Rechtsideal" und „Rechtsidee" in eine formale und stoffliche Vollkommenheit

des Rechtes ist davon, ob deren Bezeichnungen als „Gerechtigkeit" und als „Billigkeit" zutreffend gewählt seien, nicht bedingt. Sie ist, von dieser terminologischen Frage unabhängig, im Wesen des Rechtes und seiner idealen Aufgaben begründet. Für die formale Richtung ist die Augenbinde, für die stoffliche Richtung ist die Wage das hergebrachte Symbol. Ist es auch notwendig, beide Richtungen im methodischen Denken auseinanderzuhalten, so sind sie doch in der Vorstellung vollkommenen Rechtes und im ethischen Verlangen nach diesem vereinigt. Beide entstammen der einheitlichen menschlichen Vernunft und haben dasselbe Erfahrungsobjekt, das positive Recht, zum Gegenstande.

So verstanden können die Vorstellungen des Rechtsideales und der Rechtsidee weder nach ihrer formalen noch nach ihrer stofflichen Richtung auf einen Begriff vom positiven Rechte bezogen werden, nach welchem dieses ein Komplex von Vernunftnormen oder von empirischen Imperativen wäre. Im ersten Falle gäbe es überhaupt keinen der Rechtsidee gegenüberstehenden und ihr unterliegenden selbständigen Rechtsbegriff; tatsächlich geltende Regeln, die idealen Forderungen nicht entsprechen, dürften dann füglich nicht als Rechtsregeln qualifiziert werden. Im zweiten Falle würden sich die in der Rechtsidee enthaltenen Forderungen nicht an alle Rechtsgenossen, sondern nur an die jeweils durch historische Zufälligkeiten zu Gesetzgebern berufenen Persönlichkeiten richten, was mit der Vorstellung von einer Rechtsidee unvereinbar ist.

XII. Abschnitt.

Schlußwort.

Die hier vertretene soziologische allgemeine Rechtslehre begegnet dem Widerstreben der herrschenden, tief ein-

gewurzelten jurisprudentiellen Ansichten von einem normativen oder imperativischen begrifflichen Wesen des positiven Rechtes und wird diese nicht leicht überwinden. Immerhin finden sich in der Rechtsliteratur Anzeichen und Anklänge, die u. E. auf ihr allmähliches Durchgreifen hindeuten.

Des Öftern wird die Notwendigkeit erkannt, zwischen den Begriffen Recht und Gesetz schärfer zu unterscheiden, als es gemeinhin geschieht, ohne daß freilich hieraus die nach unserer Auffassung notwendigen Folgerungen, die zu einer die Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse als soziale Tatsachen generell behandelnden Rechtswissenschaft führen, gezogen werden.

Die im Abschn. II besprochenen Befolgungs- und Anerkennungstheorien machen in dieser Richtung einen ersten Schritt, soferne sie das positive Recht nicht in den Gesetzesimperativen aufgehen lassen, sondern deren regelmäßige Befolgung oder Anerkennung, also ein regelmäßiges Verhalten der Rechtsgenossen, in den Rechtsbegriff einbeziehen. Der zweite Schritt bestünde darin, daß der Imperativ, mittelst dessen ein Gesetz erlassen wird, vom Gesetzesinhalte, und beide als Quellen positiven Rechtes von diesem selbst, unterschieden werden; woraus sich ergeben würde, daß das positive Recht überall kein bloß subjektives Gedankengebilde, sondern eine reale, objektiv zu beurteilende, soziale Erscheinung ist.

Zwischen der *Stammler*schen Rechtstheorie und der unsrigen obwaltet insoweit ein tiefer Kontrast, als jene das Recht bloß als Bewußtseins- oder Willensinhalt, wobei dessen tatsächliche Geltung und die diese bewirkenden Willensakte und Willenssubjekte nicht in Betracht kommen, behandelt. Er wird jedoch, wenn auch nicht behoben, doch gemindert, sobald *Stammler* die in tatsächlicher Geltung stehenden, d. i. (im üblichen Wortgebrauche) positiven Rechtsordnungen zum Gegen-

stande nimmt. In Ansehung dieser läßt die *Stammler*sche Darstellung, wenn wir ihre vielverschlungenen und vieldeutigen Ausdrucksweisen richtig verstehen, die Auffassung zu, daß die Rechtsgenossen selbst in ihrer „Verbundenheit", d. h. in ihrem wechselseitigen Zusammen- und Aufeinanderwirken, die Träger jenes sogenannten „übergeordneten Wollens" sind, durch welches die sogenannte „äußere Regelung" des gesellschaftlichen Lebens zustandekommt. Mit dieser Annahme würde die *Stammler*sche Erklärung des Rechtes als Form und der Wirtschaft als Stoff des rechtsgesellschaftlichen Lebens übereinstimmen (Abschn. II, Z. 5 und Abschn. X, Z. 1). Beide Gedankenrichtungen vereinigt, führen, konsequent zu Ende gedacht, zu dem Ergebnisse, daß positives oder tatsächlich geltendes Recht ein Komplex von Regeln des sozialen Lebens ist, und daß in Ansehung dieser Regeln und der durch sie begründeten sozialen Verhältnisse eine, sowohl von der Rechtsphilosophie als von den besonderen Jurisprudenzen verschiedene, allgemeine Rechtslehre als Erfahrungswissenschaft platzzugreifen hat.

Eine Annäherung an die soziologische Rechtsauffassung zeigen ferner bis zu einem gewissen Grade die (im Abschn. IV, Z. 2) besprochenen Ansichten, welche, neben der Erklärung der Rechtsregeln als Imperative, eine soziologische Behandlung derselben zulassen. Zwar wird letztere hiebei für eine der Rechtswissenschaft fremde, der Soziologie, als einer vermeintlich von der Rechtswissenschaft grundverschiedenen Doktrin, zu überweisende, gehalten; was darin seinen Grund hat, daß als Gegenstand der soziologischen Betrachtungsweise die Regeln individueller Interessenbetätigungen, statt der Regeln der soziale Machten begründenden Verhaltungsweisen, angesehen werden. Es kann jedoch auf die Dauer nicht verkannt werden, daß die Rechtswissenschaft, wenn sie die Erforschung des Rechtes als einer realen Erscheinung im sozialen Leben aus ihrem Arbeits-

gebiete verbannt, einen Akt der Selbstbeschränkung vollzieht, für den in der Geschichte der Wissenschaften kaum ein Präzedenzfall zu finden sein dürfte. Wird einmal anerkannt, daß die Rechtsgesellschaften, ebenso wie alle anderen Gesellschaften, als etwas Seiendes begriffen werden können, so ist es irrationell, zu verlangen, daß gerade die Rechtswissenschaft sich dieser Wahrheit verschließe, daß sie allein Recht und soziales Leben als zwei verschiedenen Welten angehörende Wesenheiten, zwischen denen bloß „Beziehungen" (etwa wie solche zwischen der Religion oder der Kunst und dem sozialen Leben obwalten), ansehen, daß sie sich schneckengleich in ein selbstgebautes Gewinde von Fiktionen zurückziehen und vor der sie umgebenden Atmosphäre von Erkenntnissen Augen und Lunge absperren soll.

Was Wunder, wenn sie in diesem selbstgewählten Asyl von Fiktionen der Gemeinschaft mit allen anderen Erfahrungswissenschaften verlustig geht, wenn sie bei diesen einer viel beklagten Geringschätzung begegnet, und ihren Jüngern selbst oft genug zum Überdruß wird! Öffne sie nur selbst die Türen ins freie Land der Erfahrungserkenntnisse, greife sie hinein ins volle soziale Menschenleben; wo und wie immer sie es packen mag, wird sie es interessant finden und Interessantes zutage fördern.

Dann wird wohl auch die letzte Stunde für die bisherige Methode des Rechtsunterrichtes geschlagen haben. Der Wissensdurst der Jugend wird nur betäubt, nicht gestillt, wenn man ihr das Recht des Volkes bloß jurisprudenziell, als individuelle Gedankenschöpfung der jeweils als Gesetzgeber fungierenden Personen oder eines imaginären Gesamtwillenssubjektes, erklärt. Indem man die wirklichen, soziale Machtverhältnisse begründenden, Bestrebungen und Verhaltungsweisen der Rechtsgenossen und diese Machtverhältnisse selbst ignoriert, indem man statt realer rechtlichsozialer Erscheinungen logische Konstruktionen und Fiktionen

vorträgt, reicht man dem Schüler Steine statt geistigen Brotes.

Wie dem Erkenntnisbedürfnis leistet die individualisierende, ausschließlich jurisprudenzielle Rechtsbetrachtung und das ihr angepaßte Normen- oder Imperativenprinzip auch dem ethischen Bedürfnisse des Rechtshörers nicht Genüge. Sie haben zur Folge, daß die ethische Bedeutung des Rechtes nicht in seinem überall gleichbleibenden begrifflichen Wesen als soziale Machtordnung nachgewiesen, sondern in die dem ethischen Bewußtsein oft zuwiderlaufenden Zweckstoffe, in die, subjektiven daher oft fehlgreifenden, Wertungen entspringenden, gesetzgeberischen Gedanken und Rechtssätze verlegt wird. Man spricht von der „Heiligkeit" des Rechtes, ohne begreiflich zu machen, daß dieses Prädikates nicht die jeweiligen Rechtssätze, sondern der Inbegriff der Rechtsregeln, die — nach Schillers Worten — „heil'ge Ordnung, segensreiche Himmelstochter", teilhaftig ist, und daß positives Recht, auch insoweit als seine Zweckstoffe ethischen Gehaltes entbehren, die an seinem Begriffe haftende ethische Würde bewahrt, weil sie auch dann noch die Form bleibt, unter welcher ein menschliches Zusammenleben überhaupt erst möglich ist. Zugleich wird durch diese Verschiebung des ethischen Momentes dem Rechtsunterrichte die Möglichkeit einer wissenschaftlichen Kritik der den jeweils behandelten Rechtsregeln innewohnenden Rechtssätze entzogen oder doch erschwert. Die ethische Autorität des Rechtes wird zu einer Autorität einzelner Menschen, durch welche den von ihnen willkürlich aufgestellten Rechtssätzen eine verpflichtende Kraft verliehen werde, herabgedrückt; und die Frage nach dem ethischen Grunde dieser menschlichen Autorität wird mit der Fiktion, daß sie der Prophet eines mystischen „übergeordneten Wollens" sei, nicht sowohl beantwortet als umgangen. Aber das ethische Bewußtsein läßt sich durch solche „Kunstgriffe des

Denkens“ nicht abfertigen und bleibt ebenso unbefriedigt wie das Erkenntnisbedürfnis.

Die allgemeine soziologische Rechtslehre steht auf einer höheren Warte.

Indem sie die Rechtstheorie von der jurisprudentiellen Bindung an die Gesetzesinhalte eines einzelnen Landes oder sonstigen Rechtsgebietes loslöst, gewinnt sie die wissenschaftliche Freiheit zur Bildung allgemein giltiger Erfahrungsbegriffe von jeder Art positiver Rechtserscheinungen; und indem sie die ethische Bedeutung des positiven Rechtes in dessen begrifflichem Wesen als Komplex von Regeln einer sozialen Machtordnung erblickt, statt sie — wie die Jurisprudenz — in den die Rechtsregeln erfüllenden besonderen Zweckstoffen zu suchen, ermöglicht sie die Freiheit ethischer Beurteilung der diese Zweckstoffe zum sprachlichen Ausdrucke bringenden Rechtssätze.

Die formalen Rechtsbegriffe trachtet die allgemeine Rechtslehre ein für allemal festzustellen. Es können im Laufe der Zeit neue Rechtserscheinungen entstehen und ihnen entsprechend neue Rechtsbegriffe gebildet werden; an den Begriffen bereits gegebener Rechtserscheinungen ist nichts zu ändern. Aber deren, in der Erfahrung hinzutretenden besonderen Zweckstoffe sind, als Modifikationen, welche eine Rechtsinstitution bei unverändertem Fortbestande ihres Begriffes erfährt, einer Entwickelung und Verbesserung zugänglich. Auf derartige Entwickelungen kann durch Aussinnung und Beantragung „richtiger“ d. h. den jeweiligen kulturellen Voraussetzungen und Bedürfnissen Rechnung tragender Rechtssätze Einfluß genommen werden. Doch dürfen solche, die subjektiven Meinungen ihrer Autoren aussprechende Sätze und Vorschläge nicht „Recht“ genannt werden. Die allgemeine Rechtslehre muß die Erkenntnis zeitigen, daß positives Recht nicht aus sprachlichen Äuße-

rungen irgend welcher, sei es von gesetzgeberischen Persönlichkeiten, sei es von Rechtsphilosophen oder Rechtspolitikern gebildeter, Gedanken, sondern aus Rechtsregeln, einschließlich der in diesen enthaltenen, durch Rechtssätze ausdrückbaren, Zweckstoffe, besteht, und daß die Rechtsregeln sowie deren Gesamtheit, das positive Recht, Erfahrungsobjekte sind, die nicht außerhalb, sondern innerhalb des sozialen Lebens liegen.

Was Goethe in pantheistischem Sinne von Gott gesagt hat, kann — auch ohne pantheistische Weltanschauung — in ähnlicher Weise vom Rechte gesagt werden:

Was wär' ein Recht, das nur von außen stieße!

Anmerkungen.*)

[1]) (S. 1). *Ch. Sigwart*, Logik, 3. Aufl., I. Bd., S. 32: „Was wir vorstellen . . . sind: I. Dinge, ihre Eigenschaften und Tätigkeiten mit deren Modifikationen, II. Relationen der Dinge, ihrer Eigenschaften und Tätigkeiten".

[2]) (S. 2). In einem anderen Sinne will *R. Stammler* die Positivität des Rechtes aufgefaßt haben. Er versteht unter „Wollen" und „rechtlichem Wollen" bloß Bewußtseinsinhalt, die Zweckvorstellung: „Zu-bewirken". Positiv sei das Recht nicht insofern, als es tatsächlich gelte, also ein Erfahrungsobjekt bilde, sondern insofern, als die formale Vorstellung: „Zu-bewirken" mit einem besonderen Zweckinhalte ausgestattet sei. Alles geltende Recht sei positiv, aber nicht alles positive Recht sei ein geltendes, so daß Gesetzesvorschläge, von irgend einer beliebigen Person ausgedachte Entwürfe einer Staatsverfassung oder sonstiger rechtlicher Regelungen nicht minder „positives Recht" zu nennen seien als tatsächlich geltendes Recht. (Hierüber Abschn. II, Z. 5.) Wollte man diese — dem wissenschaftlichen Sprachgebrauche zuwiderlaufende — Anwendung des Wortes „positiv" zulassen, so bestünde doch das sachliche Problem unter einem andern Namen fort, es würde dann lauten: „Ist eine allgemeine

*) Des Verfassers Buch „Soziale Machtverhältnisse. Grundzüge einer allgemeinen Lehre vom positiven Rechte auf soziologischer Grundlage" (1911) wird in nachstehenden Anmerkungen mit der Bezeichnung „Soziale Machtverhältnisse" zitiert.

Erfahrungswissenschaft von tatsächlich geltendem Rechte möglich und notwendig?"

[3]) (S. 6). Hiemit soll keineswegs gesagt sein, daß die Jurisprudenz sich auf die Erforschung der Gedanken und Absichten der Gesetzesverfasser zu beschränken habe (Abschn. IX, Z. 4). Allein auch wenn sie dem Gesetzeswortlaut einen hievon abweichenden Sinn beimißt, behandelt sie vermöge ihres praktischen Berufes jedes Gesetz als einen für sie, wie für alle Rechtsgenossen, maßgebenden Imperativ. Imperative haben einen Sinn nur in Bezug auf die von ihnen Angesprochenen, sie haben a l s s o l c h e d. i. abgesehen von der Aussage, daß sie erlassen wurden, wie *Sigwart* Logik I, 3. Aufl., S. 19 konstatiert, ein „individuelles und unübertragbares Moment". Aussagen wollen eine allgemeine giltige Wahrheit zum Ausdruck bringen, Imperative haben nur eine individuelle Geltung; und jede individualistische, von der Subsumtion unter generische Vorstellungen, d. h. von einer begrifflichen Erfassung Umgang nehmende, Behandlung eines Gegenstandes kann nur dessen praktische Wirksamkeit ins Auge fassen.

[4]) (S. 7). *H. M. Kantorowicz*, Rechtswissenschaft und Soziologie (S. 30) bezeichnet das „juristische Denken" als „eine nicht kausale, sondern als eine teleologische, nicht eine empirisch-soziologische, sondern eben eine juristisch normative Operation, die nicht nach dem W a r u m, sondern nach dem W o z u" frage, und beruft sich hiebei auf die Bemerkung *Iherings*, die rein h i s t o r i s c h e Rechtswissenschaft gleiche einem Manne, der ein Kind über die Uhr zu belehren gedenkt, indem er es darauf aufmerksam macht, daß der Zeiger aus der Stelle rücke. Diese Bemerkung betrifft eben nur die „historische Wissenschaft" von einer einzelnen Rechtsordnung, nicht die allgemeine Rechtslehre. Vielmehr gleicht das sogenannte juristische, richtiger jurisprudentielle, Denken, von der allgemeinen Rechtslehre los-

gelöst, dem Verfahren eines Mannes, der sich damit begnügte, die Uhr damit, daß sie anzeige, wie spät es jeweils sei, oder eine Maschine damit, daß sie bestimmten menschlichen Zwecken diene, zu erklären.

Man nehme zum Beispiel den Begriff „Rechtsgeschäft". Die allgemeine Rechtslehre hat ihn, wo immer sie betrieben werde, in einer allgemein giltigen Weise zu definieren, etwa als eine die Entstehung oder Änderung rechtlicher Befugnisse oder Verbindlichkeiten bezweckende Willensäußerung. Für jede einzelne Jurisprudenz hingegen sind nur jene Arten von Willensäußerungen, welche gerade in ihrer speziellen Rechtsordnung mit Rechtsfolgen ausgestattet sind, Rechtsgeschäfte. Da sie nur praktische Zwecke verfolgt, so bezieht sie die in dieser einzelnen Rechtsordnung für die Rechtswirksamkeit einer Willensäußerung aufgestellten besonderen Erfordernisse in ihren besonderen Rechtsgeschäftsbegriff ein; Willensäußerungen, die dieser Erfordernisse ermangeln, sind für ihr „juristisches Denken" keine Rechtsgeschäfte. In ähnlicher Weise sind Worte im Sinne der allgemeinen Sprachwissenschaft Laute, die in irgend einer menschlichen Gemeinschaft regelmäßig mit einem bestimmten Sinne verbunden und zur wechselseitigen Verständigung gebraucht werden; für die praktische Lehre von einer individuellen Sprache aber sind Worte nur die in ihrem Gebiete derart angewandten Laute, andere menschliche Laute beachtet sie nicht. Ein Testament ist im Bereiche einer einzelnen Rechtsordnung, unter Umständen in einem Teilgebiete einer Rechtsordnung, „nichtig", wenn es deren speziellen Giltigkeitsbedingungen nicht entspricht, ohne darum des Charakters als Testament im Sinne einer allgemeinen Rechtslehre verlustig zu werden. Andererseits ist ein Schenkungsvertrag unter Lebenden auf den Todesfall, wo immer er kontrahiert sei, ein nach allgemeiner Rechts-

lehre vom Testamente verschiedenes Rechtsgeschäft, möge er auch in einer einzelnen Rechtsordnung bloß die Rechtswirksamkeit eines Testamentes besitzen.

[5]) (S. 9). *Durckheim:* Methode der Soziologie (deutsche Übersetzung 4. Aufl.) S. 10: „Ein Gedanke kann praktisch ganz wohl eine nützliche Rolle spielen und theoretisch falsch sein".

Die bekannten, oft zitierten kritischen Äußerungen *J. H. v. Kirchmanns* in der Schrift: „Über die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" (1848), enthalten unwiderlegbare Wahrheiten. Nicht minder zutreffend sind die ähnlichen satyrischen Bemerkungen bei *Bülow:* Heitere und ernste Betrachtungen über die Rechtswissenschaft S. 62 ff. Was die Rechtswissenschaft darauf zu antworten hat, ist nicht eine Verteidigung der Jurisprudenz als Wissenschaft, sondern die Einsprache dagegen, daß die „Rechtswissenschaft" in der Jurisprudenz aufgehe, mit der Jurisprudenz identifiziert werde. Der Fehler der *Kirchmann*schen Kritik besteht in der irrigen Voraussetzung, daß es keine andere Lehre vom positiven Rechte gebe, als jurisprudentielle Unterweisungen über die stofflichen Inhalte der jeweiligen Gesetze eines einzelnen Landes.

[6]) (S. 12). Für die allgemeine Rechtslehre gilt analog dasselbe, was *A. Riehl* (Philosophie der Gegenwart, 4. Aufl., S. 17) von der Naturwissenschaft sagt: „Sie bevorzugt gerade die unscheinbaren Vorgänge in der Natur, die sich immer wieder in gleicher Weise vor unseren Augen abspielen. Hier, wenn irgendwo, müssen die Fundamentalsätze der Natur zu finden sein". Die Jurisprudenz hingegen wendet ihr praktisches Interesse gerade jenen Arten von Interessenkonflikten hauptsächlich zu, die sich nicht alltäglich abspielen und deren rechtliche Regelung nicht jedermann offen zutage liegt.

[7]) (S. 16). Vgl. *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft S. 40: „Wer eine Geschichte des Eigentums schreibt, muß eine bleibende Einheit in den dabei darzulegenden Gedanken haben und alle Ausführungen an einen Begriff des Eigentums knüpfen, der selbst dem Wandel nicht unterworfen ist". *Stammler* anerkennt hier, daß es allgemein giltige Begriffe vom Eigentum und den anderen Rechtsverhältnissen gibt, die nicht zu seinen „reinen Rechtsbegriffen" gehören. Dann aber unterliegen diese nicht bloß r e c h t s g e s c h i c h t l i c h e r, sondern auch — und zwar vorher — erfahrungswissenschaftlicher Untersuchung und Behandlung, in welcher ihre unwandelbaren formal-begrifflichen von ihren historisch wandelbaren stofflichen Elementen zu scheiden sind (Abschn. VI, Z. 1).

[8]) Aussprüche wie bei *Jung*, Problem des natürlichen Rechtes S. 260 f.: „Recht ist f ü r j e d e n nur, was i h m einen Maßstab für Recht oder Unrecht gibt" und „Recht ist für mich nur das, was m i c h verpflichtet", oder wie bei *Brinz*, Pandekten, I. Bd., 2. Aufl., S. 63: „Über das Recht läßt sich nichts lernen als aus dem Rechte" sind nur im selbstgenügsamen Zirkel eines jurisprudentiellen Gedankenganges möglich. Eine theoretische Erklärung des Rechtes, der Rechtsregeln und Rechtsverhältnisse, als Erfahrungsobjekte kann nur mittelst ihrer Subsumtion unter allgemeinere, zunächst dem sozialen Leben, sodann darüber hinaus der, auch dieses umfassenden, Natur entnommene Begriffe stattfinden.

[9]) (S. 18). *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft S. 643 sagt: „Die Rechtswissenschaft zählt zu den praktischen Wissenschaften d. h. ihre Sätze und Lehren besitzen die sachliche Eigentümlichkeit, daß sie sich auf besondere in der Erfahrung vorkommende Fälle anwenden lassen". Ist dies bei den Sätzen und Lehren der Physik, der Sprachwissenschaft, der Psychologie nicht der Fall? Alle theo-

retischen Lehren gestatten Anwendungen auf einzelne Fälle; erst die Lehre davon, w i e, nach welchen Methoden und mit welchen Mitteln, solche Anwendungen behufs Erzielung bestimmter Erfolge vorzunehmen und einzurichten seien, ist eine praktische. Ebensowenig präzis scheint uns, was *Stammler* (a. a. O. S. 559, ff.) bezüglich der t e c h n i s c h e n Natur der Rechtslehre ausführt, indem er sie als „Beherrschen von geschichtlich gegebener Rechtsordnung, so daß sie deren Erkenntnis als eine Art von Endzweck aufnimmt" definiert und ihr als theoretisch eine Lehre gegenüber stellt, welche die Frage behandelt, „ob das so gelieferte Recht ein richtiges Mittel zu rechtem Zwecke sei". Das Beherrschen, genauer gesagt Erforschen, einer geschichtlich gegebenen Rechtsordnung ist eine h i s t o r i s c h e, nicht aber eine p r a k t i s c h e oder t e c h n i s c h e Lehre. Sie wird zu einer technischen oder praktischen erst dann und dadurch, daß sie als Mittel, um die Rechtsgenossen zu den der Rechtsordnung gemäßen Verhaltungsweisen zu bestimmen, betrieben wird. Vollends unstatthaft ist es u. E., sogar einer Rechtslehre, welche „allgemeine Begriffe behandelt, die von den besonderen juristischen Lehrabteilungen unabhängig sind und beim Aufbau jeder Jurisprudenz verwendet werden", nur „technische" Bedeutung beizulegen.

[10]) (S. 18). Die Ansicht, daß der Begriff des Rechtes nur auf philosophischem Wege gewonnen werden könne, bedeutet den Verzicht auf eine allgemeine Rechtslehre als Erfahrungswissenschaft, *J. Binder*, Rechtsbegriff und Rechtsidee (S. 12) will sie damit begründen, daß „Begriffe nicht sowohl in irgend einem empirischen Stoffe vorgefunden, als vielmehr mit Hilfe apriorischer Faktoren aus ihm geformt werden". Hiebei unterläuft eine Verwechslung der philosophischen Analyse der Erfahrung mit dieser selbst. Mit dem gleichen Argumente könnte Jemand behaupten, daß die Chemie ihren Begriff „Sauerstoff" oder die Volkswirtschafts-

lehre ihren Begriff „Tauschwert" der Philosophie zu entnehmen habe.

[11]) (S. 21). Vgl. *L. Spiegel,* Gesetz und Recht (1913) S. 33: „Vor allem handelt es sich dem Menschen darum, jenes Wissen zu gewinnen, das ihm unmittelbare Früchte trägt. Erst später trachtet er nach Erkenntnissen um ihrer selbst willen. Die Rechtswissenschaft steckt noch immer im ersten Stadium. Sie wird herkömmlicherweise ausschließlich als praktische Wissenschaft betrieben". Über dieses „erste Stadium", über die Beschränkung auf praktische Aufgaben kann sie aber nicht hinauskommen, solange sie die Rechtsordnungen und deren Bestandteile ausschließlich als historische Individualitäten, nicht als Besonderheiten allgemeiner Begriffstypen behandelt und zu begreifen sucht.

[12]) (S. 22). *E. Lask:* Rechtsphilosophie (Philosophie im Beginne des 20. Jahrhunderts, 1917, S. 270) nennt die allgemeine Rechtslehre „eine Disziplin, welche allgemein nur deshalb sei, weil sie das Recht nicht isoliert läßt, sondern es in die Zusammenhänge mit anderen Kulturfaktoren, wie Sitte, Moral, Wirtschaft eingliedert, weil sie ferner als vergleichende Rechtswissenschaft das gemeinsame aus den Rechtszuständen verschiedener Zeiten und Völker heraushebt, und weil sie endlich nur die obersten Begriffe behandelt, die den speziellen zugrunde liegen und über den Gegensatz der einzelnen juristischen Disziplinen stehen". Diese vage Beschreibung verfehlt gerade das wesentlichste Moment der allgemeinen Rechtslehre, das darin besteht, daß sie die Erscheinungen des rechtsgesellschaftlichen Lebens unter allgemein giltige Erfahrungsbegriffe bringt und hiedurch eine einheitliche, von allen mannigfaltigen jurisprudenziellen Disziplinen verschiedene Wissenschaft vom Rechte überhaupt bildet. Wenn man freilich, wie z. B. *F. Somlo,* Juristische Grundlehre (1917), S. 11 ff., die allgemeine Rechtslehre als ein Verfahren hinstellt, „sämtliche

Grundbegriffe, deren die Jurisprudenz bedarf, mittelst der juristischen Methode aus dem Inhalte der zu bearbeitenden Normen festzustellen", so ist ihre Ablehnung wohl begreiflich. Die Inhalte der Normen oder Gesetze können, als Ausdrücke subjektiver Gedanken einzelner Menschen, allerdings — wie im folgenden Abschnitte II darzulegen ist — kein Substrat für eine allgemeine Rechtslehre abgeben; hieraus folgt aber nicht, daß sie auch auf Grundlage unmittelbarer Anschauungen vom rechtlichen Zusammenleben unausführbar oder unzulänglich sei.

[13]) (S. 24). Über den Begriff „Norm" und dessen Unterscheidung vom Begriff „Imperativ" finden sich in der Rechtsliteratur sehr verschiedenartige Ansichten. *Bierling* (Juristische Prinzipienlehre, I. Bd., S. 3) meint zwar, es „herrsche sachlich wohl allseitige Übereinstimmung" darüber, daß Norm einen „Grundsatz oder eine Regel, die ihre Erfüllung vom menschlichen Wollen unter gewissen Voraussetzungen nicht nur erwartet, sondern fordert", bedeute. Allein diese Formulierung paßt ebensowohl auf generelle Befehle einzelner an andere einzelne Menschen, die bei diesem Motive zwecks Herbeiführung irgendwelcher äußerer Erfolge erregen wollen, wie auf Vernunftideen, die für alle ihnen zugänglichen Menschen Pflichten begründen. Die Vermengung dieser beiden Forderungsarten steht im Zusammenhange mit der ebenso unstatthaften Vermengung der gesetzgeberischen Imperative mit der ethischen Forderung, sich den Rechtsregeln des eigenen Landes gemäß zu verhalten. (Abschn. VII, Z. 2.)

[14]) (S. 25). Die Annahme einer Pflicht, deren Gegenstand die Herbeiführung äußerer Erfolge sei, ohne daß es hiebei auf die „Gesinnung" des Handelnden ankomme, läßt sich weder logisch noch ethisch rechtfertigen. „Gesinnung" ist in diesem Zusammenhange ein zweideutiges Wort. Es kann eine Wertung und Billigung des Gedankenin-

halte s der Forderung, es kann auch die Wertung und Billigung eines der Forderung an sich, was immer ihr Gedankeninhalt sei, gezollten Gehorsams bedeuten. In jedem Falle aber sind bloß äußere Wirksamkeiten, bei denen von einem ihnen zugrunde liegenden seelischen Vorgang abgesehen wird, nur nach natürlichen Kausalgesetzen, nicht nach Grundsätzen des Sollens, beurteilbar. Was dem Wollen entzogen wird, kann keinem Sollen unterzogen werden. Würde man aber in der Wortfügung „äußere Pflicht" das Attribut „äußere" auf die psychophysische Erregung der motorischen Gehirnnerven beschränken, so wären in diesem Sinn alle Pflichten „äußere". Denn mit „Gesinnung" als bloßem Denkprozeß einer Billigung oder Mißbilligung ohne Willensakt ist dem Wesen keiner Pflicht, auch der moralischen nicht, Rechnung getragen (vgl. „Soziale Machtverhältnisse", S. 63 ff.; ebenso *Weigelin:* „Der Begriff der Sitte", Zeitschr. für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, VIII. Bd., S. 326 und die dort Angeführten).

[15]) (S. 27). Vgl. Soziale Machtverhältnisse S. 11 f., 39 f.

[16]) (S. 32). *Bierling*, Juristische Prinzipienlehre, I. Bd., S. 44 sagt: „Der Kreis von Menschen, innerhalb dessen etwas als Norm und Regel des äußeren Zusammenlebens anerkannt wird, ist nicht als etwas schon vor jeder Normenanerkennung selbst existierendes zu denken. Vielmehr wird derselbe zunächst immer gezogen oder bestimmt durch irgend welche Normen, die ebensowohl für ihn als auch seitens derer anerkannt werden, die ihn bilden wollen". Demnach würden die Normen den Kreis von Menschen bestimmen, für den sie gelten, zugleich aber soll ihre Geltung von ihrer Anerkennung seitens ihrer Adressaten bedingt sein; was also ist hier Grund und was ist Folge? Die Einreihung der Willensunfähigen und der Ausländer unter die „Anerkennenden" wird sodann (a. a. O. S. 208) unverholen als Fiktion bezeichnet. Nicht minder fiktiv aber ist die „Anerkennung"

seitens der willensfähigen Rechtsgenossen. Denn es ist ein Fehlschuß, daraus, daß jemand einen Imperativ als Norm für sich anerkennt, zu folgern, daß er auch alle anderen Imperative gleichen Ursprungs als Normen für sich gelten lasse; oder daraus, daß jemand eine Norm allgemeinern logischen Inhaltes anerkennt, zu folgern, daß er sie in allen ihr logisch subsumierbaren Fällen anerkenne. Der eine Norm als allgemeinen Satz „Anerkennende“ kann Ausnahmen von ihrer Geltung in Anspruch nehmen, er kann sich auch unlogisch verhalten; Denken und Wollen sind zweierlei.

[17]) (S. 34). Eine derartige Ergänzung der Befolgungstheorie verlangt *F. Somlo*: Juristische Grundlehre (1917), indem er im Anschluß an das von *Austin* für den Rechtsbegriff aufgestellte Postulat „habit of obedience“ in seinen Begriff von Rechtsnormen das Merkmal „gewöhnlicher Befolgung“ aufnimmt. „Gewöhnlich“ ist ein dem gemeinen Sprachgebrauch angehörender Ausdruck, der nur auf Vergangenes bezogen werden kann, daher in wissenschaftlicher Sprache durch den Begriff der Regelmäßigkeit ersetzt werden muß, weil nur in diesem das Moment einer Notwendigkeit und Voraussehbarkeit infolge Induktionsschlusses zur bloßen Tatsache bisherigen gleichmäßigen Verhaltens hinzutritt. (Abschn. V, Z. 1.)

[18]) (S. 35). *E. Lask*, Rechtsphilosophie (Die Philosophie im Beginn des 20. Jahrhunderts, S. 310) bemerkt: „Es gibt in der Tat kaum ein juristisches Einzelproblem, dessen methodologische Beurteilung nicht daran laboriert hat, daß man den Unterschied zwischen dem rein psychologischen und dem sehr veränderlichen (!) juristischen Willensbegriff zu wenig beachtet“. Der „sehr veränderliche juristische Willensbegriff“ kann wohl nichts anderes bedeuten, als daß es jeder Rechtsgesetzgebung freisteht, zu bestimmen, es seien Vorkommnisse, die durch kein Wollen verursacht wurden, so zu behandeln als ob sie gewollt wären, d. h. zu

praktischen Zwecken die juristische Fiktion eines Wollens aufzustellen. (Abschn. III, Z. 4.)

[19]) (S. 38). *Stammler,* Richtiges Recht, S. 33: „Die rechtliche Regelung ist ein Gebot von Menschen, das von außenher dem Angeredeten mit Zwangsanspruch gegenübertritt"; sodann S. 214: „Das Wesen des Rechtes als äußere Normierung stellt immer einen Willensinhalt dar, welcher Andere bestimmen will; es ist stets heteronom"; und S. 52: „Das Recht tritt als eine äußere Regelung des menschlichen Verhaltens auf; darunter haben wir ein Setzen von solchen Normen zu verstehen, die sich von der Triebfeder des Einzelnen, sie zu befolgen, ihrem Sinne nach ganz unabhängig stellen". Wenn die Rechtsgesetze die von ihnen Angeredeten bestimmen, vollends mittelst einer Zwangsandrohung bestimmen wollen, so läßt sich nicht wohl sagen, daß sie sich „unabhängig von der Triebfeder, sie zu befolgen", stellen. Vielmehr muß gesagt werden, daß sie eine in den Seelen der Angeredeten bereit liegende Disposition zum Gehorsam, also eine Triebfeder, zur Aktualität anregen, mit anderen Worten, daß sie auf die Angeredeten suggestiv einwirken, und daß, wo ihre suggestive Kraft nicht ausreicht, die weitere Triebfeder eines regelmäßig geübten Zwanges hinzutritt. Jede der beiden *Stammler*schen Rechtsdefinitionen: „Regelung durch von außen kommende Normen" und „Zwangsversuch zum Richtigen" trifft nicht das R e c h t, sondern die G e s e t z g e b u n g. Die zweite Definition ist auch deshalb mangelhaft, weil das Recht — wie *Stammler* selbst anerkennt — ebensowohl „richtig" als „unrichtig" sein, der sogenannte „Zwangsversuch" somit auch zu unrichtigen Zwecken stattfinden kann. „V e r s u c h e" sind entweder von Erfolgen begleitet oder bleiben erfolglos. Als erfolgloser Versuch angesehen, wäre das Recht bedeutungslos. Es können daher nur solche Versuche, die e i n e r R e g e l n a c h erfolgreich sind, gemeint sein. Wie diese zwei Definitionen mit der Erklärung

des Rechtes als bloßen Bewußtseinsinhaltes in Übereinstimmung zu bringen seien, bleibt rätselhaft. Daß sie nebeneinander aufgestellt werden, läßt sich wohl nur durch die übliche unrichtige Vermischung der Begriffe Rechtssatz und Rechtsregel (Abschn. V, Z. 5) erklären.

[20]) (S. 46). *Vaihinger*, a. a. O. S. 155: „Alle Fiktionen sind Vergleiche, ob nun die Komparativgruppe schon vorhanden ist oder neu geschaffen wird". An mehreren Stellen bezeichnet *Vaihinger* die Empfindungen und die „unabänderlichen Koexistenzen und Sukzessionen" als Wirklichkeit; z. B. S. 186: „Wirklich ist nur das Empfundene, das in unserer Wahrnehmung uns Entgegentretende, sei es innerer oder äußerer Natur"; S. 192: „Faktisch haben wir schlechterdings nur die Empfindungen und die unabänderliche Koexistenz und Sukzession von Phänomen". Dagegen S. 23: „Schon die elementaren Empfindungen sind keine Abbilder der Wirklichkeit, sondern Maßstäbe, um die Veränderungen der Wirklichkeit zu messen"; und auf S. 417 ff. wird in eingehender Weise ausgeführt, daß Regeln und Gesetze — und was wäre die „Unabänderlichkeit von Koexistenzen und Sukzessionen" wenn nicht Gesetz oder Regel? — bloß Fiktionen seien.

[21]) (S. 47). Vgl. gegen die *Vaihinger*sche Leugnung objektiver Erkenntnisse *Joh. Volkelt*, Gewißheit und Wahrheit (1918) S. 292: „Man sagt sich: wenn nach *Vaihinger* alles Denken die Wirklichkeit verfälscht, so muß doch wohl auch diese Lehre *Vaihinger*s (und sie beruht doch auf Denken) die Wirklichkeit verfälscht haben"; ferner S. 306: „So liegt also die Sache, daß die Anschauung, die das wissenschaftliche Denken auf ein Arbeiten mit Fiktionen zurückführt, den Wahrheitsbegriff nicht etwa nur relativiert, sondern geradezu aufhebt". Ähnlich wie *Vaihinger* erklärt *E. Mach*, Erkenntnis und Irrtum, 2. Aufl., S. 449, die Naturgesetze als

„Ein Erzeugnis unseres psychologischen Bedürfnisses, uns in der Natur zurechtzufinden, den Vorgängen nicht fremd und verwirrt gegenüber zu stehen". Auch *Th. v. Sternberg, J. H. v. Kirchmann* und seine Kritik der Rechtswissenschaft, S. 74 f. spricht den Beziehungen, in welchen sinnlich wahrnehmbare Dinge untereinander stehen, alle Realität ab. Die Frage, ob solche Ansichten in einer philosophischen Kritik der menschlichen Erkenntnisse schlüssig seien oder nicht, kommt für die Erfahrungswissenschaften nicht in Betracht. Deren Möglichkeit beruht auf dem — im Begriffe „Erfahrung" schon vorausgesetzten — Gegensatze zwischen dem bloß subjektiv, von einem Einzelnen zufällig Vorgestellten und dem objektiv, jedem Verstandesbegabten notwendig Gegebenen.

[22]) (S. 48). *Vaihinger* a. a. O. S. 24: „Der allgemeine Typus der Fiktionen besteht in der Formierung solcher Vorstellungsgebilde, welche in der Wirklichkeit keinen Vertreter finden"; sodann S. 172: In den Semifiktionen ist stets eine willkürliche Abweichung von der Wirklichkeit, also ein Widerspruch mit derselben auffallend, der sich bei den echten Fiktionen zum Selbstwiderspruch steigert". Ähnlich definiert *Lotze*, „Logik" (1880), S. 412: „Fiktionen sind Annahmen, die man mit dem vollständigen Bewußtsein ihrer Unmöglichkeit macht, sei es, daß sie innerlich widersprechend sind oder aus äußeren Gründen nicht als Bestandteile der Wirklichkeit gelten können".

[23]) (S. 48). Vgl. *Ch. Sigwart*, Logik, (3. Aufl.), I. Bd., S. 188 ff.: „Der Satz des Widerspruches . . . sagt etwas wesentlich anderes als das gewöhnlich sogenannte Principium contradictionis, welches das Verhältnis eines Prädikates zu seinem Subjekte betrifft und verbietet, daß das Prädikat dem Subjekte entgegengesetzt sei"; ferner: „Ein Widerspruch kann also nur insoferne zustande kommen,

als im Subjekte schon implicite ein Urteil ausgesprochen ist. Dies trifft bei den analytischen Sätzen . . . zu".

[24]) (S. 51). Der Satz: „Die Sonne strahlt Wärme aus" kann besagen, daß die Vorstellungen „Sonne" und „Wärmeausstrahlung", sowie deren Verbindung im Urteile, für jeden Menschen giltig seien; er kann aber auch den Sinn haben: „Mir erscheint die Sonne als etwas Wärme Ausstrahlendes". Dort hat die Aussage objektive Bedeutung, den Wert einer für alle mit Sinnlichkeit und Verstand begabten Wesen giltigen Erkenntnis; hier hat sie bloß subjektive Bedeutung, den Wert der Feststellung einer augenblicklichen Empfindung des aussagenden Individuums. Vgl. *Sigwart* a. a. O., I., S. 95: „Ebenso vergeblich, als der Versuch, das Selbstbewußtsein aus dem Unbewußten zu erklären, ist auch der Versuch, den Gedanken des Seins auf irgend eine Weise abzuleiten. Er ist in dem Selbstbewußtsein ursprünglich mitenthalten, er wird mitgedacht, so oft wir „Ich" sagen, ohne daß wir ihn ausdrücklich hervorheben; und ebenso ursprünglich haftet er an den Objekten unseres Anschauens und Denkens". Sodann S. 242: „Wahrheit hat keinen Sinn, wenn sie nicht die Notwendigkeit des subjektiven Tuns meint . . . Wenn ich sage: „dies ist", so ist dies nur dann ein vollkommenes Urteil, wenn es soviel heißt, als: Ich muß notwendig urteilen, daß es so ist"; S. 393: „Jedes Bewußtsein einer Notwendigkeit beruht zuletzt auf der unmittelbaren Gewißheit der Unveränderlichkeit unseres Tuns"; und dieses psychische Tun wird, S. 410, bezeichnet, als „die Überzeugung, daß ein konstanter Zusammenhang zwischen dem vorausgesetzten Objekte und uns in dem Sinne vorhanden sei, daß derselben Eigenschaft des Objektes unabänderlich und zu jeder Zeit in jedem Subjekte dieselbe Empfindung entspreche".

[25]) (S. 56). Schon *G. Demelius*, „Die Rechtsfiktion" (1858) hebt hervor, daß „Fiktionen nie einen wissen-

schaftlichen Grund abgeben, vielmehr nichts sein können, als ein technischer Ausdruck für positive Rechtssätze, Sprachformen, gesetzliche Gleichstellungen eines Tatbestandes in Ansehung der mit ihm verknüpften Rechtsfolgen mit einem Tatbestande, mit welchem bereits ein früheres Gesetz Rechtsfolgen bestimmt hat".

[26]) (S. 62). Vgl. *H. U. Kantorowicz,* Rechtswissenschaft und Soziologie (1911); *H. Kelsen,* Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode (1911). *E. Lask:* Rechtsphilosophie a. a. O., S. 301; *F. Somlo,* Juristische Grundlehre (1917), S. 42 f. Als Hauptvertreter dieser Gedankenrichtung dürfte wohl *G. Jellinek* anzusehen sein, der in seiner „allgemeinen Staatslehre" eine sogenannte „Soziallehre des Staates" der „Staatsrechtslehre" gegenüberstellt. Die soziologische Rechtslehre hat an Stelle einer Unterscheidung zwischen Staatsrechtswissenschaft und Sozialwissenschaft vom Staate die Unterscheidung zwischen den staatlichen Zwecken, der Staatswirtschaft, welche den Stoff, und den Rechtsregeln, welche die Form der staatlichen Gesellschaft abgeben, zu setzen. Stoff und Form hängen hier, wie überall untrennbar zusammen und müssen von der allgemeinen Rechtslehre in diesem Zusammenhange behandelt werden. (Abschn. VI, Z. 1 und Abschn. X.)

[27]) (S. 64). Ein besserer Name als „lebendiges Recht" für die Gebräuche des rechtlichen Verkehrs ist die von *H. Sinzheimer,* Die soziologische Methode in der Privatrechtswissenschaft (1909) gewählte Bezeichnung: „Rechtswirklichkeit". Allein auch diese drückt das dabei ins Auge Gefaßte nicht genau aus. *Sinzheimer* versteht unter „Rechtsordnung" bloß gesetzliches Recht und Gewohnheitsrecht und sucht aus der oft von ihnen abweichenden „Rechtswirklichkeit" eine dritte Rechtsquelle zu schöpfen. Die gesuchte dritte Rechtsquelle liegt jedoch u. E. nicht in Vertrags- und sonstigen Verkehrsüblichkeiten, sondern in so-

zialen Rechtsgefühlen. Diese sind der wahre Daseinsgrund eines rechtsgesetzlicher und rechtsgewohnheitlicher Grundlage ermangelnden, und der letzte Daseinsgrund allen Rechtes. Die Verkehrsüblichkeiten geben bloß einen Erkenntnisgrund ab für jene sozialen Bedürfnisse, die suppletorisch, neben den beiden anderen Rechtsquellen, zu Regeln sozialer Unterstützungen und Hemmungen, d. i. zu Rechtsregeln, führen (Abschn. VIII, Z 1).

[28]) (S. 67). *H. Rickert.* Kulturwissenschaft und Naturwissenschaft (2. Aufl., 1910, S. 52): „Auf Grund eines metaphysischen Freiheitsbegriffes wird man niemals dem Versuche wehren können, das empirisch gegebene Seelenleben in derselben Weise als gesetzmäßig darzustellen wie die Körperwelt, und vollends kann die Freiheit das empirisch-generalisierende Verfahren nicht stören". Ähnlich äußert sich *H. Lotze,* Logik (S. 578): „Die Annahme einer Gesetzlosigkeit der Wirklichkeit wird von niemandem festgehalten; überall wo die Erscheinungen sie uns aufdrängen möchten, halten wir den wahrnehmbaren Tatbestand nur für rätselhaft und zweifeln nicht, daß erweiterte Erfahrung durch früher unbeachtet gebliebene Mittelglieder den gesetzlichen Zusammenhang des Beobachteten herstellen werde". Vgl. ferner: *Vaihinger,* Philosophie des Alsob (S. 417): „Es ist die Vorhersage der zukünftigen Weltereignisse, welche durch das Gesetz ermöglicht wird", und *Ch. Sigwart,* Logik (3. Aufl., II. Bd., S. 520): „Gesetze können nie Gründe des wirklichen Geschehens sein, sondern nur die konstante Art und Weise ausdrücken, wie Dinge sich verhalten". All dies gilt von den tatsächlich bestehenden Rechtsregeln in gleicher Weise wie von den allem sonstigen gesellschaftlichen Leben und von den der Natur innewohnenden Regeln.

[29]) (S. 70). Die Verwechslung kommt häufig vor. An ihr krankte schon der Versuch von *G. Fränzel,* Recht und Rechtssätze (1892), das Recht als einen Komplex von „Gewohn-

heiten" zu erklären und diese den gesetzlichen Rechtssätzen gegenüberzustellen. Er beachtete nicht die Möglichkeit der Geltung von Rechtsregeln, welche noch keine oder doch keine häufige oder gewohnheitliche Anwendung im wirklichen Leben gefunden haben, weil die Voraussetzungen ihrer hypothetischen Geltung noch nicht oder nur sporadisch eingetreten sind. Die sogenannten „latenten Rechtssätze", von denen *Ihering*, Geist des römischen Rechtes (4. Aufl., I., S. 28 ff.) spricht, sind nichts, als bisher durch keine Rechtsgewohnheit bestätigte, aber durch soziales Rechtsgefühl begründete Rechtsregeln (Abschn. VIII, Z. 4). In ähnlicher Weise verkennt *E. Jung*, Das Problem des natürlichen Rechtes S. 145, den Unterschied zwischen Rechtsregel und Gewohnheit, wenn er sagt: „Derjenige Rechtssatz, der sich nicht darauf berufen kann, daß die betreffende soziale Gemeinschaft bisher ihm entsprechend sich verhalten habe, sondern nur darauf, daß sie sich generell für seine künftige Beobachtung ausgesprochen habe, der Gesetzesrechtssatz, ist zunächst nur eine theoretische Aussprache. Daß er geltendes Recht dieser Gemeinschaft ist, kann man erst sagen, wenn die konkreten Rechtsbefehle und freiwilligen Rechtsanwendungen in dieser Gemeinschaft ihm tatsächlich entsprechen". Demnach wäre ein Gesetz, das noch keine Anwendung gefunden hat, keine Rechtsquelle; und es entstünde dem Gesetze gegenüber die Frage, wie oft es bereits angewendet sein müsse, um geltendes Recht hervorzubringen.

[30]) (S. 77). Die scharfe Auseinanderhaltung der Begriffe „Rechtsregel" und „Rechtssatz" ist für die Jurisprudenz, als praktische Lehre, nicht von entscheidender Bedeutung, weil sie sich bloß mit den in ihrem positiven Rechte enthaltenen Rechtssätzen befaßt, indem sie die korrespondierenden Rechtsregeln als Normen für das Verhalten ihrer Rechtsgenossen dogmatisch voraussetzt. In einer wissenschaftlichen Theorie vom positiven Rechte hingegen ist es

ganz unumgänglich festzuhalten, daß zwar jede Rechtsregel einen Rechtssatz als Ausdruck ihres Zweckstoffes enthält, daß jedoch eine, den möglichen Stoff einer Rechtsregel bildende, Zweckvorstellung und deren sprachliche Formulierung als Rechtssatz nicht an sich, sondern erst wenn und dadurch, daß sie in eine Regel des rechtlich sozialen Lebens aufgenommen ist, zum Inhalte positiven Rechtes erhoben wird. Der allgemeinen Rechtslehre gehört die Frage an: Welche Zwecke sind überhaupt geeignet, den stofflichen Inhalt von Rechtsregeln oder — sprachlich formuliert — Rechtssätze, abzugeben? Diese Frage betrifft das Wesen des positiven Rechtes (Abschn. VI, Z. 1 und 8) und darf mit der anderen, der Ethik oder der Rechtsphilosophie angehörenden, Frage: Welche Rechtssätze sind die ethisch richtigen? nicht verwechselt werden.

[31]) (S. 79). Vgl. *Stammler*, Richtiges Recht, S. 216 ff. und Theorie der Rechtswissenschaft S. 8 ff., wo auch vor der Verwechselung von „Stoff" mit „Inhalt" gewarnt wird: „In einem gegebenen Inhalte lassen sich die Gedankenelemente als Form und als Stoff unterscheiden".

J. Binder, Rechtsbegriff und Rechtsidee, S. 5 ff. und 195 ff. tadelt die *Stammler*sche Unterscheidung zwischen Form und Stoff in den Rechtsbegriffen deshalb, weil sie keine kritische Analyse des Erfahrungsbegriffes „Recht" darstelle, und infolge dessen keinen, alles Empirischen ledigen, d. i. reinen Rechtsbegriff ergeben könne. Die *Stammler*sche Definition des Rechtes als selbstherrlich verbindendes Wollen biete denn auch keinen reinen, sondern einen empirischen Allgemeinbegriff dar. Unseres Erachtens kann die kritische Analyse des Erfahrungsobjektes „Recht" zu keinem r e i n e n R e c h t s b e g r i f f führen. Die kritische Analyse zerlegt den Erfahrungsbegriff in Sinnlichkeit und in eine Verstandesfunktion. Geht man nun davon aus, daß „Recht" ein aus diesen zwei Komponenten erwachsender und zusammenge-

setzter Erfahrungsbegriff ist, so kann einer derselben, die Verstandesfunktion, für sich allein nicht ebenfalls ein Rechtsbegriff sein. Wohl im Gefühle dessen bezeichnet *Binder* das postulierte apriorische Element des empirischen Rechtsbegriffes nicht als reinen Begriff, sondern als reine „Rechtsidee". Abgesehen davon, daß im Ausdrucke „Rechtsidee" doch bereits ein Begriff „Recht" vorausgesetzt wird, ist es schwer verständlich, wie eine Idee, die Vorstellung eines Sein-sollenden, das apriorische Element in einem Begriffe, der Vorstellung eines Seienden, abzugeben vermöchte. Diese Schwierigkeit wird noch gesteigert dadurch, daß *Binder* — ungeachtet der oben zitierten Warnung *Stammlers* — die (nach seiner Meinung ein konstitutives Element des Rechtsbegriffes bildende) „Rechtsidee" als inhaltslos oder leer bezeichnet. Inhaltslos oder leer können Worte sein, die dadurch zu sinnlosen Lauten werden; von einer inhaltslosen Idee zu sprechen, heißt sie negieren. Vielmehr muß die Rechtsidee einen Inhalt haben, der dem Inhalte des Erfahrungsobjektes Recht sowohl in formaler als in stofflicher Beziehung korrespondiert. (Abschn. XI.)

[32]) (S. 84). Vgl. hiezu die näheren Ausführungen in „Soziale Machtverhältnisse", S. 32 ff.

Schon *Spinoza* (Tractatus politicus II., § 13, 16; III., § 2, 5, 7) erklärt „jus" als „potentia" und „regulae". Er geht von einem „jus naturae" aus, das nicht als Gebot aufzufassen ist, sondern als „ipsae naturae leges seu regulae, secundum quas omnia fiunt, hoc est ipsa naturae potentia". Im Zusammenwirken von Menschen erkennt er die potentia, oder das jus civitatis. Er spricht zwar von einer dem jus zugrunde liegenden „mens civitatis", ist sich aber der Fiktivität dieser Bezeichnung vollkommen bewußt, wie der immer wiederholte Beisatz „Veluti" bei der „mens civitatis"

und deren Zurückführung auf ein Zusammenwirken der Gesellschaftsmitglieder beweist.

Bevor der Begriff „Macht“ klar gestellt und begrenzt wird, ist weder mit dem oft gehörten Satze „Recht ist Macht“, noch mit der kaum minder häufigen Entgegensetzung von Recht zu Macht Erhebliches geleistet. Sie lassen die Fragen: ob Macht als ein Merkmal im Begriffe Recht oder als ein erfahrungsmäßig hinzutretendes Prädikat bejaht oder verneint wird, ob sie im Sinne einer Eigenschaft ihres Subjektes oder im Sinne eines aus äußeren Umständen resultierenden Verhältnisses zu verstehen sei, wodurch sie begründet wird, ob sie als etwas den subjektiven Rechten anhaftendes oder als eine Qualifikation des objektiven Rechtes, als Fähigkeit, die Rechtsgenossen durch Normen zu einem bestimmten Verhalten zu veranlassen oder als Fähigkeit, die Befolgung von Normen zu erzwingen, oder überhaupt als Fähigkeit, die Realisierung gewisser Rechtssätze herbeizuführen, vorzustellen sei usw., ungelöst. Und doch weiß jeder einsichtige Jurist, daß Macht ein Grundprinzip ist, dessen die Rechtswissenschaft, sei es in affirmativem, sei es in negativem Sinne, nicht entraten kann. Abzulehnen ist insbesondere die metaphorische Verwendung des Wortes „Macht“ im Sinne eines mit einer Macht ausgestatteten Willenssubjektes (wie z. B. die mächtigsten Staaten „Großmächte“ genannt werden). So definiert neuerlich *F. Somlo*, Juristische Grundlehre (1917), das Recht als einen Komplex von Normen, die von einer „höchsten Macht“ erlassen werden. „Höchste Macht“ wird als eine „Institution der Tatsachen“ im Gegensatze zu einer „juristischen Institution“ bezeichnet, Umschreibungen, die weder das Wesen der Macht noch das Wesen ihres Trägers oder Subjektes erkennen lassen; daß eine „Institution der Tatsachen“ Normen erlassen könne und erlasse, kann fingiert, aber nicht vorgestellt werden.

[33]) (S. 86). Eine eingehendere Darstellung des Unterschiedes zwischen Rechtsverbindlichkeit und Rechtspflicht findet sich in „Soziale Machtverhältnisse“, S. 65 ff. Doch bedarf diese insofern einer Ergänzung, als sie, nur das Verhältnis der genannten zwei Begriffe zu einander ins Auge fassend, den Bestand einer Verbindlichkeit als Voraussetzung der Rechtspflicht behandelte, während die ethische Pflicht, sich den Rechtsregeln zu verhalten, ausnahmsweise auch einzelnen Personen obliegt, die durch eine singuläre Rechtsregel von der korrespondierenden Rechtsverbindlichkeit befreit sind (z. B. Immunität des Staatsoberhauptes, der Parlamentsmitglieder, Exterritorialer). *J. Binder*, Rechtsnorm und Rechtspflicht (1912), S. 8 ff. will — entgegen unserer schon in „Soziale Machtverhältnisse“ betonten Unterscheidung — den Begriff „Rechtsverbindlichkeit“ im Anschluß an *Brinz* (Pand., II., § 216) mit dem der „H a f t u n g“ identifizieren. Während aber *Brinz* die persönliche Haftung als ein „Müssen“ (im Gegensatze zu einem „Sollen“) definiert, erklärt *Binder:* „Das Wesen der Haftung besteht ... darin, daß der Gläubiger bestimmte Gegenstände zur Befriedigung seines Leistungsinteresses zwangsweise verwerten darf . . ., daß ein Vermögensobjekt Gegenstand der Zwangsvollstreckung ist“. Dem gegenüber ist zu bemerken, daß „Haftung“ nicht die Stellung des G l ä u b i g e r s, sondern die Stellung einer S a c h e oder einer P e r s o n, die für einen Erfolg einsteht, und auch diese nicht in erschöpfender Weise, bezeichnet. Schuldner sind nicht, wie Pfandobjekte, willenlos, sie bleiben Willenssubjekte und werden als solche durch das Obligationsverhältnis in der Macht zur Disposition über ihre Vermögensobjekte d. i. in ihren Vermögensrechten sozial beschränkt. Diese Beschränkung der schuldnerischen Willensmacht darf bei der Charakterisierung des Obligationsverhältnisses nicht unbeachtet bleiben. Außerdem betrifft „Haftung“ nur v e r m ö g e n s r e c h t l i c h e Obligationen, während der Begriff

„Rechtsverbindlichkeit“ weit umfassender ist und alle Arten sozialer Machtbeschränkungen einschließt. Unzureichend ist ferner die Bestimmung des Gläubigerrechtes als Recht auf behördliche Zwangsvollstreckung und die Charakterisierung dieser als eines bloß öffentlichrechtlichen Verfahrens. Einesteils wird das Nehmerecht des Gläubigers auch bei Entgegennahme der ihm vom Schuldner gebotenen Leistung, ferner im Wege der außergerichtlichen pignoris capio, der Kompensation und der Retention, ausgeübt; andernteils ist auch in der Einleitung der Zwangsvollstreckung, in der Inanspruchnahme behördlicher Hilfe, eine Ausübung der privatrechtlichen Nehmebefugnis des Gläubigers gelegen. („Soziale Machtverhältnisse“, S. 225 ff., 255 ff.)

[34]) (S. 88). Die sogenannten „Machttheorien“ verkennen, indem sie das positive Recht ausschließlich auf den überragenden Einfluß zurückführen, den einzelne Persönlichkeiten oder Gruppen innerhalb der Gesellschaft behufs Wahrung ihrer Sonderinteressen auf die Gesetzgebung ausüben, einesteils den Unterschied zwischen sozialer und natürlicher Macht, andernteils den Unterschied zwischen den Rechtsquellen und den diese verursachenden oder bestimmenden natürlichen Vorgängen. Der von ihnen gewöhnlich (z. B. bei *Werner Sombart*, Sozialismus und soziale Bewegung, 5. Aufl., S. 39) aufgestellte Satz, daß alle soziale Ordnung nichts anderes sei, als der jeweilige „Ausdruck der Machtverteilung zwischen den einzelnen Klassen der Gesellschaft“, oder die Herrschaft einzelner Klassen über die anderen, ist ungenau. Richtig ist bloß, daß bei widerstreitenden Klasseninteressen jene Volksklassen, welche die größte natürliche Macht besitzen, den Anstoß zu Rechtsgesetzen oder Rechtsgewohnheiten geben. Zum Wesen des Rechtes gehören solche äußere Veranlassungen ebensowenig, als etwa die Erziehung und die Erziehungsresultate der gesetzgeberischen Persönlichkeiten,

welche bestimmte Gesetze, oder die klimatischen Verhältnisse eines Landes, welche Rechtsgewohnheiten zur Folge haben. Als Rechtsquellen sind nur die unmittelbaren Motivationen rechtlich sozialen Verhaltens, die causae proximae, nicht die diese wieder bewirkenden Tatsachen, die causae remotae, zu betrachten (Abschn. VIII, Z. 1).

[35]) (S. 90). *Kant:* Kritik der reinen Vernunft, *Ed. Hartenstein,* III., S. 114. „Verbindung eines Mannigfaltigen überhaupt kann niemals durch Sinne in uns kommen und kann also auch nicht in der reinen Form der sinnlichen Anschauung zugleich mitenthalten sein . . . Alle Verbindung, wir mögen uns ihrer bewußt werden oder nicht, es mag eine Verbindung des Mannigfaltigen der Anschauung oder mancherlei Begriffe, und in der ersteren der sinnlichen oder nicht sinnlichen Anschauung, sein, ist eine Verstandeshandlung . . . Synthesis".

[36]) (S. 91). *A. Löwenstein,* Der Rechtsbegriff als Relationsbegriff (1914), S. 15 ff. weist darauf hin, daß die Kategorie der Relation gegenüber jener der Substanz in der neuern philosophischen Literatur in den Vordergrund getreten ist und versucht nachzuweisen, daß alle Rechtsbegriffe auf ihr beruhen. Er beschränkt sich aber auf die Ausführung, daß die rechtlichen Relationen sowohl von denen der Kausalität als von denen der Logik, Ethik und Ästhetik verschieden sind und einen eigenartigen Charakter in sich tragen. Worin diese Eigenart besteht, läßt er unerklärt. Gerade diese Erklärung ist u. E. Aufgabe der allgemeinen Rechtslehre.

[37]) (S. 96). Das Recht als eine „Organisation" des gesellschaftlichen Lebens zu erklären ist, solange nicht gesagt wird, von welcher besonderen Art die rechtliche Organisation ist, eine unvollständige und vage Begriffsbestimmung. Es gibt zahlreiche andere gesellschaftliche Organisationen, wirtschaftliche, religiöse, pädagogische usw. Immerhin bringt die Bezeichnung des Rechtes als einer

Organisationsart zum Ausdruck, daß es eine tatsächliche Gestaltung des sozialen Lebens ist, kann daher mit dem Normen- oder Imperativenprinzip kaum in Einklang gebracht werden.

[38]) (S. 97). Gegen die Verwendung des Wortes „Gesamtwille", soferne man damit nicht eine Rechtsbefehle erlassende Willenssubstanz, sondern die Gesamtheit der Rechtsregeln redefigürlich bezeichnen will, ist nichts einzuwenden. Ungenau ist es aber, das regelmäßige soziale Wollen als ein „gemeinschaftliches Wollen" zu bezeichnen. Gemeinschaftlich können die Ziele der Willenstätigkeiten mehrerer Personen, niemals aber die Willenstätigkeiten selbst sein. Mehrere Personen können gleichartige oder identische Ziele verfolgen, aber der psychische Akt des Wollens bleibt auch dann bei jedem von ihnen sein eigener, individueller. Sie können ebensowenig gemeinschaftlich wollen, als gemeinschaftlich denken und empfinden. Der Ausdruck „Gesamtwille" ist daher ein metaphorischer für das reale Verhältnis des Zusammenwirkens Mehrerer zu einheitlichen Zielen. Dieses Zusammenwirken unterliegt sodann Regeln, welche als soziale neben den das Wollen jedes Einzelnen für sich beherrschenden Regeln einhergehen.

[39]) (S. 98). In diesem Sinne trifft die Bemerkung bei *Gierke*, Deutsches Privatrecht, I. Bd., S. 254, daß objektives und subjektives Recht „zwei Seiten derselben Gesamterscheinung" seien, zu. Soziale Machtgewährung und die gewährte Macht, soziale Machtbeschränkung und Machtbeschränktheit, hängen innerlich als korrelative Begriffe zusammen. Unrichtig ist daher die Ansicht von *H. Dernburg*, Pandekten, 4. Aufl., § 39: „Subjektive Rechte bestanden lange, ehe sich eine selbstbewußte staatliche Ordnung ausbildete . . . Erst durch Abstraktion wußte man allmählich aus der Anschauung der vorhandenen subjektiven Rechte den

Begriff der Rechtsordnung zu gewinnen". „Selbstbewußte staatliche Ordnung" ist ein fiktiver Ausdruck; eine Ordnung, ob staatlich oder nicht staatlich, besitzt kein Selbstbewußtsein. Ferner besteht eine Ordnung unabhängig davon, ob sich jemand einen Begriff von ihr gebildet hat oder nicht. Hievon abgesehen, unterläuft bei der zitierten Bemerkung eine Verwechselung vereinzelter von den Rechtsgenossen oder deren Behörden geschützter Interessenbetätigungen mit subjektiven Rechten. Nicht dadurch, daß eine Interessenbetätigung, individuell betrachtet, staatlichen Schutzes teilhaftig wird, sondern dadurch, daß ein derartiger Schutz regelmäßig gewährt wird, kommt subjektives Recht zustande. Ein keiner Rechtsregel entsprechender oder regelwidriger Schutz durch staatliche Organe ist, ebenso wie die von ihm unterstützte Interessenbetätigung, unrechtmäßig. Alles subjektive Recht beruht daher auf objektivem Rechte als Regel sozialer Unterstützungen.

[40]) (S. 102). Im Hinblicke darauf, daß Erzwingbarkeit die Fälle nicht deckt, in welchen der Rechtszweck durch Handlungen anderer Personen als des Verbundenen realisiert wird, setzen *R. Stammler*, Theorie, S. 131 und ihm folgend *J. Binder*, Rechtsbegriff und Rechtsidee, S. 66, dann *F. Somlo*, Juristische Grundlehre, S. 204 ff., an ihre Stelle den Terminus „Durchsetzbarkeit". Hiebei wird nicht beachtet, daß Durchsetzbarkeit nicht bloß vom Wollen und Verhalten der Rechtsgenossen und ihrer Behörden, sondern überdies von außersozialen natürlichen und für die Rechtsordnung zufälligen Umständen, welche somit die Rechtsbegriffe nicht tangieren, bedingt ist. Will man diese außersozialen Momente ausschließen, so dürfte man nur von einer „sozialen Durchsetzbarkeit" d. i. von einer Durchsetzbarkeit gegenüber widerstreitenden isolierten Willensbestrebungen der

Rechtsgenossen sprechen. „Durchsetzbar" ist ferner ein Wollen, auch wenn es nur in einzelnen Fällen realisiert werden kann. Solches vereinzeltes Vorkommen ist bei der Aufstellung einer Durchsetzbarkeit als Attribut des Rechtes sicherlich nicht gemeint. Da andererseits das Recht nicht immer und ausnahmelos realisiert werden kann, so kann nur an eine regelmäßige Durchsetzbarkeit gedacht werden. Bei solcher Präzisierung der Durchsetzbarkeit im Sinne einer regelmäßigen und sozialen Überwindbarkeit widerstreitender, isolierter Willensbestrebungen gelangt man zu unserem Begriffe von rechtlich sozialer Macht, die jedoch nicht ein Attribut des objektiven Rechtes, sondern das begriffliche Wesen der aus diesem resultierenden subjektiven Rechte bildet. Die Rechtsregeln sind nicht „durchsetzbar", denn ihr Bestand ist ihre tatsächliche Geltung; durchsetzbar ist nur das durch sie mit sozialer Macht ausgestattete Wollen Einzelner.

[41]) (S. 102). Bekanntlich hat zuerst *Ihering*, im Anschlusse an die *Krause*sche Rechtsphilosophie, die Bedeutung des Wohlfahrtszweckes oder Interesses im Rechte aufs Nachdrücklichste hervorgehoben. Er fand im subjektiven Recht ein von ihm sogenanntes „substantielles Moment", bestehend in einem Interesse, und ein formales Moment, bestehend in einem, dem Interesse vom objektiven Rechte gewährten Schutze. Diese Analyse ist logisch nicht korrekt, weil im subjektiven Rechte nicht ein Schutz, sondern bloß ein Geschütztsein des Interesses liegen kann. Demzufolge ist denn auch in der von *Ihering* aufgestellten Definition: „subjektive Rechte sind rechtlich geschützte Interessen" das, zweifelsohne dem subjektiven Rechte inhärierende, Moment einer Macht, vollends die *Ihering* noch ganz ferne liegende Vorstellung einer sozialen Macht unbeachtet. Nach unserer Auffassung besteht das formale Moment des sub-

jektiven Rechtes in der sozialen Macht, während das Interesse oder der Wohlfahrtszweck den Stoff darstellt, an welchem die formale Willensmacht — ebenso wie alles formale Wollen — erfahrungsmäßig in die Erscheinung tritt. Demnach ist das subjektive Recht als soziale Macht zur Realisierung eines Wohlfahrtszweckes oder — was vom Standpunkte des Macht- und Interessensubjektes angesehen gleichbedeutend ist — als soziale Macht zum Genusse eines Gutes, zu erklären. („Soziale Machtverhältnisse", S. 197 ff.)

[42]) (S. 105). *E. Danz,* Auslegung der Rechtsgeschäfte (S. 6 ff.), führt überzeugend aus, daß für die Geltung von Willensäußerungen als Rechtsgeschäft ein doppeltes erforderlich sei: einmal daß die Parteien eine „geschäftliche Absicht" hatten, sodann daß sie einen „Bindungswillen" hatten. Die geschäftliche Absicht bedeutet, daß die Parteien wirtschaftliche Zwecke, in jenem weiteren Sinne, in welchem unter Wirtschaft das Streben nach geistiger ebenso wie das Streben nach leiblicher Wohlfahrt verstanden wird, verfolgen (Abschn. X, Z. 1). Der „Bindungswille" bedeutet, daß die Parteien etwas festsetzen wollten, dessen Realisierung sozialer Unterstützung teilhaftig ist, dessen Nichtrealisierung sozialem Widerstande begegnet; eine Kenntnis oder gar ein Einverständnis betreffs der besonderen Gestaltung dieser Rechtsfolgen ist dabei keineswegs erforderlich. Jenes ist die stoffliche, dieses die formale Seite des Rechtsgeschäftes; beide Momente sind im Bewußtsein vorhanden, wenn von Kaufen, Schenken, Testieren, Adoptieren usw. gesprochen wird.

[43]) (S. 111). „Soziale Machtverhältnisse", S. 147—324.

[44]) (S. 112). Auch hier muß auf die Ausführung in „Soziale Machtverhältnisse", S. 156 ff., verwiesen werden. Es handelt sich an dieser Stelle nicht so sehr darum, den Leser von der Richtigkeit unserer Darstellung des realen Wesens

der unter dem Namen „Juristische Person“ vorkommenden Erscheinungen zu überzeugen, als darum, die Methode darzulegen, nach welcher die allgemeine Rechtslehre jene Fiktionen, deren sich das vorwissenschaftliche praktischjurisprudentielle Denken bedient, durch Anschauungen von realen Vorgängen und Verhältnissen und durch diesen entsprechende wissenschaftliche Begriffe ersetzen kann.

[45]) (S. 117). Die Bedeutung des Begriffes „Wert“ als Eignung eines Gegenstandes zur Förderung menschlicher Kultur und die Notwendigkeit, den Unterschied zwischen „Wert“ und „Wertung“ „heute, wo man Werte meist noch mit Wertungen verwechselt“, strenge festzuhalten, hat besonders *H. Rickert*, Naturwissenschaft und Kulturwissenschaft (2. Aufl., S. 20 ff.) und in der Abhandlung: Vom Begriff der Philosophie (Logos, I. Bd., S. 16 ff.) dargelegt.

Die Unterscheidung zwischen subjektiven Gedanken und objektiven Erkenntnissen greift, ebenso wie bezüglich aller anderen Gegenstände (Abschn. III, Z. 2), auch in Ansehung von Werteigenschaften platz.

[46]) (S. 118). *E. Lask* a. a. O. S. 280: „Der Wertbegriff ist das sachliche Prius des Normenbegriffes“.

Auch im *Kant*schen kategorischen Imperativ: „Handle so, daß die Maxime deines Willens zugleich als Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung gelten könne“, ist das Kulturmoment, wenngleich nicht ausdrücklich, enthalten. Denn, was anderes sollte die „Möglichkeit“, ein Prinzip einer allgemeinen Gesetzgebung abzugeben, in der Erfahrungswelt bedeuten, als die Ermöglichung gleichzeitigen Nebeneinanderlebens und Wohlergehens der jener Gesetzgebung Unterliegenden?

[47]) (S. 120). Daß auf Grund irriger Bewertungen Werke geschaffen werden, denen ein objektiver, wenngleich nicht der von ihrem Urheber vorausgesetzte, Wert innewohnt, kommt auch auf anderen Lebensgebieten oft vor. Religiöse Vorstel-

lungen, Volksgebräuche, geschäftliche Unternehmungen, pädagogische Maßnahmen usw. mögen aus irrigen Wertungen hervorgehen und trotzdem gute Mittel für kulturelle Zwecke abgeben.

[48]) (S. 121). Mit Rücksicht hierauf wird das positive Recht öfters als „ethisches Minimum" bezeichnet. Diese ursprünglich von *G. Jellinek* herrührende Bezeichnung gehört zu den schillernden Redensarten, an denen die Rechtsliteratur überreich ist. Zum dauernden Bestande einer Rechtsordnung genügt es nicht, daß ihre Rechtssätze ein Mindestmaß ethischen Wertes besitzen; vielmehr ist erforderlich, daß die meisten Rechtssätze ethischen Forderungen entsprechen. Man könnte vielleicht eher noch von einem „ethischen Maximum" sprechen, in dem Sinne, daß die Rechtssätze eines jeden positiven Rechtes in ihrer Gesamtheit das Maximum ethischer Forderungen darstellen, welches jeweils in der betreffenden Gemeinschaft, nach Maßgabe ihres Kulturstandes, mittelst sozialer Machtordnung realisierbar ist. Abzulehnen ist aber auch die von *E. Jung*, Problem des natürlichen Rechtes, S. 220 — obwohl er die Charakterisierung des Rechtes als ethisches Minimum adoptiert — aufgestellte Meinung, daß alle in jedem positiven Recht enthaltenen Aussagen über Recht und Unrecht „ethische Urteile" seien. Auch wenn dabei unter „ethischen Urteilen" jene mitverstanden werden, die ethisch sein wollen, ohne es in Wahrheit zu sein, bleiben doch jene Rechtssätze unbeachtet, die keine ethischen, sondern bloß utilitarische Zwecke beinhalten.

[49]) (S. 122). „Das Blut, das Blut allein macht lange noch den Vater nicht! Macht kaum den Vater eines Tieres, gibt zum Höchsten erst das Recht, sich diesen Namen zu erwerben." (Lessing, Nathan der Weise.)

Die von uns verlangte, von *J. Binder*, Rechtsnorm und Rechtspflicht (1912), S. 38 ff., bemängelte, Einbeziehung der

ethischen Pflicht zur Einhaltung des positiven Rechtes in die Rechtslehre und deren Bezeichnung als Rechtspflicht ist keineswegs, wie *Binder* a. a. O. S. 13 meint, „moralisierend". Vielmehr ist eine sie ausschließende Rechtsbetrachtung unzureichend, weil sie nur den formalen Begriff des Rechtes, nicht auch das zufolge des ethischen Bewußtseins mit diesem Begriffe synthetisch verbundene Prädikat eines ethischen Wertes berücksichtigt. Die normative Funktion des Rechtes und die ihr korrespondierende ethische Rechtspflicht sind insbesondere in der Lehre vom Unrecht für die Unterscheidung des schuldhaften vom schuldfreien Unrechte von entscheidender Bedeutung (Z. 4, d. Abschn. und „Soziale Machtverhältnisse", S. 60 ff. und 271 ff.).

[50]) (S. 123). „Es ist höchst verwerflich, die Gesetze über das, was ich tun soll, von demjenigen herzunehmen oder dadurch einschränken zu wollen, was getan wird" (*Kant*, Kritik der reinen Vernunft, *Ed. Hartenstein*, III., S. 260). Die zuerst von *G. Jellinek* (Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., S. 307 ff.) aufgestellte Annahme einer „normativen Kraft des Faktischen" wird unter anderen auch von *E. Ehrlich* (Soziologie des Rechtes, S. 67 ff.) adoptiert und seiner Theorie von einem „lebendigen Rechte" (vgl. Abschn. IV, Z. 2) zugrunde gelegt. *Jellinek* findet die normative Bedeutung des Tatsächlichen in der „weiter nicht ableitbaren Eigenschaft unserer Natur, kraft welcher das bereits Geübte physiologisch und psychologisch leichter reproduzierbar ist, als das Neue". Danach hätten auch Turnübungen, Gedächtnisübungen oder die Übungen, mittelst deren Tiere abgerichtet werden, normative Bedeutung; und die physiologische Gewandtheit sowie die psychologische Neigung zum Verbrechen beim Gewohnheitsdiebe wäre auf eine „normative Kraft" seiner bisherigen Diebstähle zurückzuführen.

Die vorsichtigere und eingeschränktere Fassung eines ähnlichen Gedankens bei *E. Jung*, Das Problem des natür-

lichen Rechtes, S. 119: „Was sich in der Welt behauptet, und eine gewisse Dauer erreicht, hat eben damit b e w i e s e n, daß es einen entsprechenden Lebenswert für diese Gemeinschaft hatte", (ähnlich *F. Oertmann,* Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 17), ist das Prinzip des einseitigen Konservatismus; auch sie geht noch zu weit. Sklaverei und Sklavenhandel, Leibeigenschaft, religiöse Verfolgung, Bedrückung und Ausbeutung großer Bevölkerungsmassen durch militärische Gewalten, grausamste Abschreckungsstrafen, haben allesamt eine „gewisse Dauer erreicht", einen „entsprechenden Lebenswert" jedoch nur für diejenigen, welche daraus Nutzen zogen, besessen. Man könnte höchstens von einer P r ä s u m t i o n, aber nicht von einem B e w e i s e, eines Lebenswertes, und auch von ihr nur mit der Einschränkung, daß die gesellschaftlichen Lebensbedürfnisse und Kulturbedingungen keine Wandlungen erfahren, sprechen. (Vgl. Anm. 54.)

[51]) (S. 129). Diese schon von *Savigny*, System, I. Bd., S. 332 als paradox abgelehnte Betrachtungsweise wird neuerdings von *E. Jung*, a. a. O. S. 65 ff. verfochten. *Jung* will das Wesen des Unrechtes im s u b j e k t i v e n Gefühl des davon Betroffenen, daß seine Interessen durch das Verhalten eines Anderen verletzt seien, erblicken. Kollisionen zwischen Interessen und in deren Folge Schädigungen der einen durch Geltendmachung der anderen, finden auch bei Ausübung subjektiver Rechte statt. Die Rechtsregel erst bestimmt, ob eine Verletzung von Interessen rechtmäßig oder unrechtmäßig ist. Die Behauptung, daß die N e g a t i o n „Unrechtmäßigkeit" der A f f i r m a t i o n „Rechtmäßigkeit" in der Gedankenfolge vorausgehe, widerstreitet daher der Logik ebenso wie dem primären Rechtszwecke, der darauf gerichtet ist, die Wohlfahrt der Rechtsgenossen zu fördern. Ebenso wie der Begriff der Interessenverletzung, „die sich der Interessent — wie *Jung* sagt — nicht gefallen zu lassen braucht",

den Bestand der Interessen, setzt die soziale Bekämpfung jener den Zweck sozialer Unterstützung dieser voraus.

[52]) (S. 134). Die Erklärung des Begriffes „Wünschen" als „Wollen ohne Mittel" bei *Stammler* (Theorie S. 82) halten wir nicht für annehmbar, weil der psychische Vorgang des Wollens gleichartig bleibt, mögen ihm äußere Mittel zur Zweckrealisierung zu Gebote stehen oder nicht. Nur die Macht des Willenssubjektes, das Gewollte zu realisieren, nicht sein Wollen hängt von äußeren Mitteln ab. Daher ist Wünschen keine Unterart des Wollens, sondern eine Unterart des Fühlens. Auch mit der *Stammler*schen Erklärung des Wollens als „Wahl von Mitteln" ist ein „Wollen ohne Mittel" unvereinbar, weil die Annahme einer Wahl ohne ein zu wählendes Objekt widerspruchsvoll ist.

[53]) (S. 137). Der Konflikt zwischen den zwei Arten des Rechtsgefühls ist seit jeher auch ein beliebter Gegenstand dichterischer, besonders tragödischer, Behandlung gewesen. Shylok verlangt die Anwendung eines Vertragsrechtes, in welchem für Verträge mit unsittlichem Inhalte noch keine Ausnahme von der Vertragsgiltigkeit besteht. Für ihn streitet das formale Rechtsgefühl, welches vom materiellen Rechtsgefühle, das die Richterin Porcia, wenn auch mit theoretisch unrichtiger Begründung, zur Geltung bringt, überwunden wird. In der bekannten einschlägigen literarischen Fehde zwischen *Ihering* und *Kohler* trat ersterer für die formale, letzterer für die stoffliche Richtung des Rechtsgefühles ein, ohne hiebei den Gegensatz begrifflich in klarer Weise zu fassen und infolge dessen prinzipiell die relative Statthaftigkeit beider Standpunkte anzuerkennen.

[54]) (S. 138). In der Rechtsliteratur wird zumeist bloß das materielle Rechtsgefühl, und auch dieses nicht als ein innerhalb einer bestimmten Gesellschaft regelmäßig obwalten-

des positives, sondern als ein aus der menschlichen Vernunft resultierender, idealer Anspruch eines Individuums an Andere auf Berücksichtigung seiner Interessen, behandelt. So auch von *E. Jung,* Problem des natürlichen Rechtes (1912). Er versteht unter „Rechtsempfinden" das Gefühl davon, daß man sich eine bestimmte Verletzung eigener Interessen von einem Andern nicht gefallen zu lassen brauche oder „die Tatsache, daß im Zusammenleben der Eine vom Andern ein gewisses Maß von Rücksichtnahme verlangt und im Notfall mit Gewalt zu erzwingen sucht" (a. a. O. S. 90, 316 ff.). Durch diesen, von *Jung* als seine wesentlichste Aufstellung bezeichneten, Satz wird u. E. das begriffliche Wesen des Rechtsgefühles als Quelle positiven Rechtes nicht erschöpft: erstlich deshalb, weil das Rechtsgefühl jedes Einzelnen nicht darauf gerichtet ist, daß seine Interessen von einem Andern gefördert oder nicht beeinträchtigt werden, sondern darauf, daß sie gegenüber kollidierenden Interessen Anderer sozialen Schutz erfahren; sodann deshalb, weil das Rechtsgefühl sich nicht bloß auf Kollisionen des eigenen Interesses mit den Interessen Anderer, sondern auch auf Kollisionen, welche zwischen den Interessen dritter Personen untereinander stattfinden, bezieht. Gerade im Kampfe um eigenes Interesse ist das Rechtsgefühl durch egoistische Gefühle arg getrübt. Rein und voll wirkt es nur gegenüber fremden Interessenkonflikten, in Ansehung deren es keiner Ablenkung durch egoistische Wünsche ausgesetzt ist.

[55]) (S. 138). In frühen Stadien der Rechtsentwickelung, solange noch keine ausgebildete Justizorganisation besteht, finden soziale Unterstützungen und Hinderungen unmittelbar durch Rechtsgenossen statt und bilden als solche das Material von Rechtsgewohnheiten. Die Unsicherheiten dieser primitiven Gestalt sozialen Eingreifens und die Gefahren friedenstörender Parteiungen, denen es ausgesetzt ist, führen zur

Einsetzung von Behörden, denen die Entscheidung über Interessenkonflikte und deren Vollstreckung anheimgegeben wird. Nunmehr liegt das Material der Rechtsgewohnheiten in den behördlichen Entscheidungen und Vollstreckungsmaßnahmen. Private Verkehrsüblichkeiten mögen bei ihren Entscheidungen von den Behörden berücksichtigt werden; in Ermangelung solcher Berücksichtigung entbehren sie rechtlich-sozialer Bedeutung. In ähnlichem Sinne unterscheiden *F. Oertmann*, Rechtsordnung und Verkehrssitte, S. 17 ff., und *H. Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, S. 102, zwischen Verkehrsgebräuchen und Rechtsgewohnheiten. Als Anhänger der Imperativtheorie erklärt *Oertmann* das Entstehen von Gewohnheitsrecht als Norm mit der These: „Die Tatsache, daß ein Satz lange Zeit hindurch geübt wurde, erzeugt in uns (den korrekt denkenden Beobachtern) die Vorstellung seiner Richtigkeit". Diese These ist unhaltbar, weil sie, die Möglichkeit und Häufigkeit falscher Wertungen sowie der Wandlungen in den sozialen Lebensumständen nicht berücksichtigend, einen unbegründeten Schluß aus Wertungen auf Wert zieht (vgl. oben Anm. 50 und Abschn. VII, Z. 1). An ihre Stelle ist zu setzen: „Die Tatsache, daß soziale Unterstützungen und Hemmungen einer bestimmten Art lange Zeit hindurch stattgefunden haben, begründet die Erkenntnis einer tatsächlichen Regel". Die Glieder der Rechtsgewohnheiten sind dieselben, wie jene der aus ihnen resultierenden Gewohnheitsrechte; dort bilden sie eine unzusammenhängende R e i h e, hier eine vom Verstande mittelst Induktion hergestellte, notwendig zusammenhängende K e t t e. An dieser Einsicht dürfen wir uns dadurch, daß Gesetzgebungen und Jurisprudenzen irgend welchen Gleichmäßigkeiten des privaten Verkehres oder Verhaltens der Rechtsgenossen untereinander, ohne Unterschied, ob sie sozialer Unterstützung teilhaftig geworden sind oder nicht, die Namen Rechtsgewohnheit oder Gewohnheitsrecht beilegen, nicht irre machen

lassen. Denn ebenso wie „R e c h t" sind auch „R e c h t s-gewohnheit" und „Gewohnheits r e c h t" im vorwissenschaftlichen Sprachgebrauche mehrdeutige Worte, deren wahre, d. i. eine objektive Erkenntnis darstellende, Bedeutung sich erst aus dem wissenschaftlich gereinigten, klaren Begriff des positiven Rechtes ergeben kann und muß.

[56]) (S. 140). Viele Rechtslehrer, darunter die Koryphäen der historischen Schule, sehen in den Rechtsgewohnheiten die ursprüngliche und grundlegende Quelle allen Rechtes; ebenso viele andere sprechen ihnen erhebliche, wenn nicht gar überhaupt jede Bedeutung als Rechtsquelle ab. *L. Spiegel*, Gesetz und Recht, S. 35, erklärt geradezu das Gewohnheitsrecht für einen bloßen „Sammelnamen", einen „Verlegenheitsausdruck", mit dem „gar nichts gesagt sei", und hat hiebei mehrfach Zustimmung gefunden. Diese innere Zerfahrenheit der Normen- und Imperativentheorien liefert — ebenso wie ihre kontradiktorischen Gegensätzlichkeiten betreffs der Grundfragen: ob Zwang und Erzwingbarkeit wesentliche Bestandteile des Rechtes bilden, und ob die Rechtsgesetze bloß Quelle oder eine Art positiven Rechtes seien — schlagende Beweise für ihre Unzulänglichkeit. Die soziologische Rechtslehre ermöglicht für alle diese Probleme Lösungen, die innerlich unter einander zusammenhängen, weil sie auf der Anschauung vom positiven Rechte als einem einheitlichen Erfahrungsobjekte beruhen, dessen Eigenschaften und Wirksamkeiten, teils aus der logischen A n a l y s e seines B e g r i f f e s, teils aus den zu diesem Begriff in der Erfahrung s y n t h e t i s c h h i n z u t r e t e n d e n P r ä d i k a t e n erkannt werden.

[57]) (S. 150). Dies — wenngleich mit der unrichtigen Begründung durch einen fiktiven sozialen Vertrag — dargelegt zu haben, bildet der Kern der *Rousseau*schen Rechts- und Staatslehre.

Die Schrift von *O. v. Bülow*, Gesetz und Richteramt (1885) gelangte zum Schlusse: „Nicht das Gesetz, sondern Gesetz und Richteramt schafft dem Volke sein Recht"! Da jedoch das Richteramt selbst ein Produkt von Rechtsregeln ist, so muß die Kraft, welche durch ihren Hinzutritt Gesetzesinhalte zu Rechtsquellen erhebt, tiefer liegen. Die Wurzeln des Rechtes liegen weder im Gesetz noch im Richteramt; das Volk schafft sich selbst sein Recht, freilich nicht durch Aufstellung abstrakter Rechtssätze, wohl aber durch soziales Verhalten.

[58]) (S. 156). Die reale Bedeutung des Gesetzesbefehles „jus esto" besteht in der Anordnung, daß in Hinkunft in Ansehung der in den Gesetzestexten beschriebenen Interessen soziale Unterstützungen oder Verhinderungen stattzufinden haben. Dieser Gesetzesimperativ darf natürlich, wenn man die Begriffe Gesetz und Recht gehörig auseinander hält, nicht mit der falschen Vorstellung von Rechtsimperativen verwechselt werden. Da die sozialen Eingriffe in vorgeschrittenen Rechtsordnungen durch staatliche Behörden erfolgen, so ist für deren Bereich der in der neueren Rechtsliteratur vielfach vertretenen Ansicht, daß die Gesetzesimperative ihrem wesentlichen Inhalte nach an die Gerichte und sonstigen Behörden gerichtet sind, wohl beizustimmen.

[59]) (S. 158). Ähnlich verhält es sich bezüglich der Kontroverse, ob für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen die sogenannte Willenstheorie oder die Erklärungstheorie „richtig" sei. Für die Jurisprudenz ist maßgebend, ob in ihrem Rechtsgebiete rücksichtlich der Auslegung von Rechtsgeschäften überhaupt Rechtsregeln gelten, und ob gemäß diesen die eine oder die andere Auslegungsmethode, sei es für alle Rechtsgeschäfte, sei es für einzelne Rechtsgeschäftsarten, anzuwenden sei. Die allgemeine

Rechtslehre hingegen muß die Möglichkeit und Anwendbarkeit **beider** Auslegungsarten feststellen. Jede von ihnen hat in positiven Rechten Aufnahme gefunden und kann in Ansehung einzelner Arten von Rechtsgeschäften die sachlich angemessenere sein. Eine in diesem Sinne nach **rechtspolitischen** Gesichtspunkten „richtige" Auslegungsart kann nach **jurisprudenzieller** Beurteilung „unrichtig" sein, indem sie einer in dem betreffenden Rechtsgebiete tatsächlich geltenden Rechtsregel zuwiderläuft. Denn „Richtigkeit" ist ein Relationsbegriff, der die Beziehung auf einen Zweck beinhaltet und nur unter dessen Voraussetzung einen Sinn hat.

[60]) (S. 162). Unrichtigerweise wird die literarhistorische Auslegung öfters (z. B. bei *H. Reichel*, Gesetz- und Richterspruch, S. 65 ff.) mit dem starren Festhalten am Wortlaute eines Gesetzes verwechselt. Dieses ist überhaupt keine Auslegung, vielmehr deren Negation, die Behauptung, daß das Gesetz keiner Auslegung bedürfe. Die literarhistorische Auslegung hingegen bemüht sich, den Gedankeninhalt des Gesetzesautors, obwohl er eine mangelhafte Wortfassung erfahren hat, festzustellen. Ihre Statthaftigkeit wird durch Beispiele widersinniger Resultate ausschließlicher Beachtung des Gesetzeswortlautes nicht widerlegt, weil für jene der Wortlaut des Gesetzes ebenso wenig allein maßgebend ist, als für die Erforschung der präsumtiven Auffassung seitens der Adressaten. Wie diesen kann man auch dem Gesetzgeber keine Ungereimtheiten, wie sie etwa aus einem ungenauen Gesetzeswortlaute bei der Anwendung sich ergeben würden, zumuten. Bei **jeder** Auslegung handelt es sich darum, den **Zweck**, welchen das Gesetz beinhaltet, festzustellen; fraglich ist nur, ob der Zweck dem materiellen Rechtsgefühle des **Gesetzgebers** oder dem materiellen Rechtsgefühle der jeweiligen **Rechtsgenossen** zu entnehmen ist.

[61]) (S. 168). So wird die berühmte Bestimmung des schweiz. Zivilgesetzbuches auch aufgefaßt von *M. Gmür*, die Anwendung des Rechtes nach Art. 1, Schweizer. Zivilgesetzbuch, S. 109: „Ein Richter darf nicht schlechthin dasjenige Recht als „richtiges" bezeichnen, das seinem sozialen Ideal am nächsten kommt; nur dann ist dies zulässig, wenn sich seine Anschauungen über dieses soziale Ideal mit derjenigen des Volkes zu decken scheint; mit anderen Worten, wenn einige Wahrscheinlichkeit besteht, daß die von ihm aufgestellte Regel in der Volksabstimmung angenommen werden würde".

[62]) (S. 172). Nur der Dichter nicht der Richter, nur der Isolierte, nicht der Rechtsgenosse, darf die Maxime wählen: „Ich pfeife auf Hanns Biedermann, an keine Regel, nur an mich gebunden" *(Detlev v. Liliencron).*

[63]) (S. 172). Die Annahme eines „individuellen" oder „nicht regelhaften" objektiven Rechtes bei *O. v. Bülow* (Gesetz und Richteramt, S. 42) und *E. Jung* (Problem des natürlichen Rechtes, S. 43) beruht auf der jurisprudenziellen Auffassung der Rechtsregeln als staatlicher Befehle, die teils generell mittelst der Gesetze, teils individuell mittelst Richtersprüchen erfolgen. *Jung* meint, daß die einer gesetzlichen Grundlage ermangelnden richterlichen Befehle, als „individuelles Recht" durch Induktion gefunden werden. Allein durch Induktion werden nicht einzelne Erscheinungen, sondern es werden auf Grund einzelner Erscheinungen allgemeine Regeln gefunden. (Vgl. *Sigwart*, Logik, III. Aufl., II. Bd., S. 407 ff.) Nicht daß eine, gesetzlicher Grundlage entbehrende, richterliche Entscheidung ein Rechtsverhältnis schafft, (was auch private Rechtsgeschäfte zuwege bringen), sondern daß die ihr zugrunde liegende Beurteilung als Repräsentant einer allgemeinen Art angesehen wird, verleiht dieser die Bedeutung eines in einer Rechtsregel enthaltenen

Rechtssatzes. Sie kann nur insoferne als induktive Rechtsfindung bezeichnet werden, als der Verstand aus ihr die Vorstellung einer Regel von, auf demselben Rechtssatze beruhenden, richterlichen Entscheidungen oder sozialen Eingriffen, d. i. die Vorstellung einer Rechtsregel, schöpft.

[64]) (S. 176). Vgl. besonders *E. Danz*, Richterrecht (1912).

[65]) (S. 181). *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 307 ff. und seine Abhandlung „Wesen des Rechtes und der Rechtswissenschaft" (im Sammelwerk „Systematische Rechtswissenschaft" 1913), S. 28 ff.

Druck von Gottlieb Gistel & Cie., Wien, III., Münzgasse 6.